# DERECHO, ARMONÍA Y FELICIDAD

Principios de Derechos Humanos y Derecho Constitucional desde una perspectiva de diversidad, feminista y ecologista


María José Lubertino Beltrán
Compiladora y coordinadora general

María José Lubertino Beltrán
Tatiana Hirschhorn
Sabrina Nahir Dentone
Virginia Giménez
Facundo I. González Guayaco
Santiago Adamoli
Mónica Francescangeli



EUDEBA

MATERIAL DE CÁTEDRA

# DERECHO, ARMONÍA Y FELICIDAD

Principios de Derechos Humanos y Derecho Constitucional desde una perspectiva de diversidad, feminista y ecologista


María José Lubertino Beltrán
Compiladora y coordinadora general

María José Lubertino Beltrán
Tatiana Hirschhorn
Sabrina Nahir Dentone
Virginia Giménez
Facundo I. González Guayaco
Santiago Adamoli
Mónica Francescangeli



EU
DE
BA

Derecho, armonía y felicidad : principios de derechos humanos y derecho constitucional desde una perspectiva de diversidad, feminista y ecologista / María José Lubertino ... [et al.] ; compilado por María José Lubertino ; coordinación general de María José Lubertino. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Eudeba, 2020.
Libro digital, PDF - (Material de cátedra)

Archivo Digital: descarga
ISBN 978-950-23-3000-6

1. Derecho. I. Lubertino, María José II. Lubertino, María José, comp. III. Lubertino, María José, coord.
CDD 340.11

Eudeba
Universidad de Buenos Aires

Primera edición: abril de 2020

© 2020
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

LA FOTOCOPIA MATA AL LIBRO Y ES UN DELITO

Diseño de tapa: *Silvina Simondet*
Corrección y composición general: Eudeba

# Índice

Introducción ..... 7

PRIMERA PARTE. INTRODUCCIÓN AL DERECHO.
PRINCIPIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Capítulo I. El concepto del derecho
*Facundo I. González Guayaco* ..... 15

Capítulo II. Las fuentes del derecho
*María José Lubertino Beltrán* ..... 47

Capítulo III. Interpretación del derecho
*Mónica Francescangeli* ..... 69

Capítulo IV. El derecho constitucional. Constitucionalismo y constitución
*Virginia Giménez* ..... 83

Capítulo V. Supremacía constitucional y control de constitucionalidad
*Virginia Giménez* ..... 97

Capítulo VI. Constitución Nacional. Parte dogmática y parte orgánica
*Tatiana Hirschhorn* ..... 107

Capítulo VII. Mecanismos de garantía en la Constitución Nacional
*Tatiana Hirschhorn* ..... 121

Capítulo VIII. El Estado
*Tatiana Hirschhorn* ..... 163

Capítulo IX. Gobierno
*Tatiana Hirschhorn* ..... 185

Capítulo X. Partidos políticos y sistemas electorales
*Tatiana Hirschhorn* ..... 205

Capítulo XI. Democracia participativa
*María José Lubertino Beltrán* ..... 219

SEGUNDA PARTE. PRINCIPIOS DE DERECHOS HUMANOS

Capítulo XII. Derechos humanos. Concepto y características
*Virginia Giménez* ..... 261

Capítulo XIII. El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos
*Virginia Giménez* ..... 275

Capítulo XIV. Acuerdos regionales. La Organización de Estados Americanos. Sistema Interamericano de Derechos Humanos
*Virginia Giménez* ..... 309

Capítulo XV. Jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución Nacional
*Virginia Giménez* ..... 321

Capítulo XVI. Crímenes en el derecho internacional
*Sabrina Nahir Dentone* ..... 335

Capítulo XVII. Genocidio argentino
*Sabrina Nahir Dentone* ..... 351

Capítulo XVIII. Derechos económicos, sociales y culturales
*Santiago Adamoli y María José Lubertino Beltrán* ..... 375

Capítulo XIX. No discriminación, igualdad y diversidad
*Tatiana Hirschhorn y María José Lubertino Beltrán* ..... 391

Capítulo XX. Derechos de incidencia colectiva. El derecho al ambiente. Derechos de usuarios y consumidores
*María José Lubertino Beltrán* ..... 421

Capítulo XXI. Derechos de la Naturaleza y otras personas no humanas
*María José Lubertino Beltrán* ..... 481

# Introducción

En estas páginas queremos dar la bienvenida a nuestros/as lectores/as, quienes, si bien suponemos serán mayoritariamente nuestros/as estudiantes de Principios de Derechos Humanos y Derecho Constitucional y Principios de Derecho Latinoamericano, podrían ser también alumnos/as de las diferentes cátedras de Introducción al Derecho, además de los ciudadanos/as que, sin estar cursando estudios formales, simplemente quieran imbuirse de importantes conocimientos respecto de algunos tópicos básicos del Derecho.

Puede llamar la atención el título pero, cuando debimos sintetizar el sentido último de por qué estamos dando esta materia, de por qué somos abogados/as en ejercicio de la profesión en organizaciones no gubernamentales, militando en política o ejerciendo nuestra ciudadanía, y de qué queremos transmitir fundamentalmente a quienes nos lean, se nos ocurrió que es la mejor síntesis de los valores y la mirada que pretendemos aportar al Derecho.

Si bien hoy parece habitual y rutinario vivir en un Estado de derecho, más allá de sus fallas, tensiones y conflictos, algunos/as tenemos todavía muy fresco el recuerdo de los golpes militares y las interrupciones institucionales; por eso, es necesario informar a los/as más jóvenes, para cultivar la memoria y fundar nuestras acciones presentes y futuras en la no repetición o vuelta al pasado.

El Preámbulo de nuestra Constitución Nacional sigue teniendo plena vigencia y nos guía como un credo laico en la enseñanza del derecho y en nuestra vida como ciudadanos/as: "con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros/as, para nuestra posteridad, y para todos(as) aquellos(as) hombres (y mujeres) del mundo que quieran habitar en el suelo argentino…". En esas sabias metas hay valores colectivos que, con las adaptaciones a los cambios en los tiempos que corren, son también nuestros horizontes compartidos.

Después de haber trabajado largamente las temáticas de Derechos Humanos, Igualdad y Diversidad, en este libro abordaremos de manera aún más amplia qué es el Derecho, cómo funciona el Estado, qué es una Constitución, qué son los

derechos humanos y muchos de los mecanismos para su defensa o protección, tratando de pensarlos desde nuestra realidad nacional y latinoamericana, sin por eso dejar de ver o revisar los marcos teóricos tradicionales y recorrer los hitos de la historia universal.

Por eso *Derecho, Armonía y Felicidad*. Porque, si bien no se nos escapa que el Derecho puede ser (y es) un instrumento de dominación para mantener el *statu quo* y un aparato ideológico del Estado para seguir manteniendo el poder en pocas manos con algún grado de consenso, también hay movimientos sociales, de derechos humanos, académicos/as, políticos/as, jueces/zas y ciudadanos/as que permanentemente están dando esa batalla cultural, judicial y política, a nivel local, nacional y global, para un Derecho para el cambio, para la armonía entre los pueblos, los grupos y personas, la cual no puede existir sin igualdad real en la diversidad, lo que en definitiva redundará en la felicidad de las personas, de nuestro pueblo y de la humanidad. Así de ambicioso es nuestro trabajo cotidiano; así de apasionante y complejo.

Los núcleos centrales del libro son:

- Un primer núcleo de conocimientos donde desarrollamos la cuestiones más teóricas de qué es del Derecho, cuáles son sus fuentes y cómo según cuál sea la teoría a la que se adscriba variará el rol del o los/as jueces/zas/ y operadores/as del derecho y su esquema de interpretación, lo cual reviste un gran interés práctico porque puede arrojar muy diferentes resultados.
- Un segundo núcleo donde desarrollamos también aspectos teóricos de qué es una Constitución, los principios básicos del Contitucionalismo y el Estado de Derecho y especialmente reflexionamos sobre la Supremacía de la Constitución y los aspectos más prácticos del control de constitucionalidad. Ponemos especial énfasis en los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución (amparo, hábeas corpus y hábeas data).

  También aquí estudiamos en detalle la historia constitucional de la Argentina y profundizamos en la parte orgánica de nuestra Constitución, repasando la diferencia entre Estado y Gobierno, haciendo hincapié en el federalismo, la división de poderes, los partidos políticos, los sistemas electorales y muy especialmente en los mecanismos de participación ciudadana.
- En el tercer núcleo de conocimientos desarrollamos la parte dogmática de la Constitución y analizamos los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Esto es, analizamos los derechos humanos en toda su evolución y en las actuales condiciones de vigencia tanto a través de la teoría del Derecho

Internacional Público como del Derecho Constitucional, hoy en sintonía en nuestro bloque de constitucionalidad. Para ello también sintetizamos la historia y el funcionamiento de las Naciones Unidas y de la OEA, poniendo el foco en los sistemas de Derechos Humanos en ambas organizaciones y en los instrumentos de defensa de derechos humanos en cada uno de los tratados.

- En el cuarto núcleo nos internamos en la brutal realidad de las violaciones a los Derechos Humanos, que nos llevan a preguntarnos sobre el destino de nuestro país y de la humanidad, y sobre nuestro propio rol como ciudadanos/as. Desde los genocidios a lo largo de la historia, comenzando por el Genocidio Armenio, pasando por la inconmensurable aberración de la Shoá, hasta las atrocidades de Yugoslavia y Ruanda y los actuales crímenes de guerra y terrorismo, que no cesan. Un innovador enfoque de la historia argentina a partir de sus procesos genocidas, dedicado humildemente al gran maestro Osvaldo Bayer y a nuestras queridas Madres y Abuelas, *in memoriam* de las víctimas cercanas a cada uno/a de ellos/as, y con el corazón puesto en cambiar la actual realidad de nuestros Pueblos Originarios y condenar cualquier cercenamiento a la diversidad de opiniones políticas. Agregamos finalmente varios capítulos sobre las violaciones a los derechos humanos en democracia (especialmente violencia institucional, cárceles y criminalización de la pobreza), los derechos económicos y sociales (especialmente salud, educación y vivienda), igualdad en la diversidad, donde sintéticamente referimos mucho de nuestra experiencia en el INADI, el derecho al ambiente y otros intereses colectivos como los derechos de usuarios/as y consumidores/as. Y podríamos seguir agregando, pero preferimos dejarlo para nuestro próximo libro sobre Derechos Humanos.

En el presente libro volcamos varias décadas de experiencia como docentes de todas estas materias; ha sido un ejercicio de redacción colectiva, con idas y vueltas, y el proceso ha llevado varios años de interrupciones y debates. Tratamos de presentar una obra comprensible para quien se inicia, pero también científicamente rigurosa, rica en referencias de autores/as imprescindibles para aquellos/as que quieran profundizar en los aspectos teóricos, y con mucha jurisprudencia actualizada para quienes se interesen primordialmente en los aspectos prácticos.

Transcribimos muchas veces textos legales e incluso a veces incluimos como anexo normas para facilitar su lectura, necesaria si no obligatoria. En cada capítulo sugerimos ejercicios que pueden servir de guía a los/as docentes de la materia como recursos didácticos pero también a los propios/as lectores/as para entrenarse en las diferentes habilidades jurídicas y evaluar su propia comprensión. Como

amantes del cine y la literatura, incluimos también nuestras recomendaciones en cada capítulo, lo que desde hace muchos años también hacemos en clase, como ayuda para conocer un contexto histórico, el funcionamiento de una institución, para reflexionar sobre diversos dilemas o simplemente conocer más sobre la realidad jurídica (porque incluso tratándose a veces de ficciones, la realidad supera a la ficción).

A lo largo del libro intentamos transmitir nuestras reflexiones sobre por qué estudiar derecho y por qué el derecho no es solo una ciencia para juristas, aunque aportamos a que siga desarrollándose y se retroalimente de los problemas concretos de las personas reales. Queremos abrir el espectro de reflexiones de lo mucho que puede hacer un/a abogado/a en el mundo de hoy, tanto en un caso concreto en que defiende al/a la más humilde y postergado/a que no tiene acceso a la Justicia o tomando causas de interés colectivo que en general implican una lucha desigual frente a poderosos intereses –a veces ante el propio Estado–, como impulsando los cambios legales y políticos que hacen falta para una mayor igualdad y una democracia más participativa, como en el ejercicio de la magistratura con perspectiva de género y compromiso con los derechos humanos, o actuando en los foros internacionales buscando el diseño de un nuevo orden internacional para un mundo más humano, justo y ambientalmente sustentable.

Esperamos poder trazar el hilo conductor entre los/as teóricos/as de la modernidad y las más avanzadas tendencias del constitucionalismo latinoamericano, pasando por los debates del Derecho Internacional de los Derechos Humanos internacionales del siglo XX. Queremos rescatar las mejores e invalorables aportaciones de los/as fundadores/as del Estado moderno y del Constitucionalismo aún vigentes, como por ejemplo el concepto de ciudadanía y aquellos desvelos de John Locke por la armonía social y la felicidad del pueblo. Queremos valorizar nuestras más avanzadas constituciones de Ecuador y Bolivia con sus paradigmas del Buen Vivir, el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza y sus postulados de democracias más diversas y participativas. Queremos hacer visible la –para su época– avanzada Constitución de 1949, borrada y estigmatizada por el golpe del 55 e injustamente ocultada por muchos/as constitucionalistas. Queremos visibilizar las luchas de los movimientos sociales y políticos que construyen a nivel global el actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como hoy lo conocemos, y los aportes de reconocidas organizaciones de nuestro país que a través de litigios nacionales e internacionales han ido logrando cambios en la jurisprudencias y elevando los estándares de aquellos derechos tímidamente esbozados en declaraciones. Queremos profundizar en las causas y mecanismos de prevención y solución de las dolorosas violaciones de derechos fundamentales, más allá de la catastrófica noticia amarilla o fragmentada por el bombardeo mediático descontextualizado.

En suma, ambiciosos desafíos para un libro humilde, que solo cobrará vida a partir del intercambio de ideas en las aulas. Pero, al menos, esperamos entusiasmarlos/as para que se sumen a construir el derecho para el cambio, en el marco de una democracia cada vez más participativa, como única vía para lograr una armonía social y ambiental duradera y la mayor felicidad de nuestro pueblo.

# Primera parte
# Introducción al derecho

## Principios de derecho constitucional

# Capítulo I
# El concepto del derecho

*Facundo I. González Guayaco*

## I. Introducción

> Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta "¿Qué es el Derecho?" […]. No existe una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas "¿Qué es la química?" o "¿Qué es la medicina?", como la hay para responder a la pregunta "¿Qué es el derecho?" (H. L. A. Hart, 1963).

Si es esta la primera vez en que se aborda el desafío de estudiar dicho concepto, antes de continuar avanzando con este capítulo, el/la lector/a podrá formular el ejercicio mental de definirlo y/o pensar ejemplos en torno del mismo.

Seguramente, luego de hacerlo, entienda que el derecho se corresponde con alguna idea de justicia, de bien o verdad. Quizá piense en alguna ley escrita, como puede ser una constitución nacional, un tratado internacional o un contrato. Es posible, también, que las sentencias judiciales o la imagen de un auto frenando cuando se pone un semáforo en rojo sean ideas de lo que puede ser el derecho.

Todas estas ideas pueden ser correctas pero, como veremos a lo largo de este capítulo, no todas son compatibles entre sí.

Para empezar, podemos enunciar lo que Carlos Nino (2010) sostiene como uno de los fundamentos por los cuales existe tanto desacuerdo a la hora de definir el "derecho": la relación que las personas establecen entre el lenguaje y la realidad. Cuando hablamos utilizamos distintos conceptos respecto de los cuales podemos postular que serán verdaderos en la medida que se correspondan con lo que ocurre en la realidad. Desde esta perspectiva, cada elemento de la realidad tiene esencia (por ejemplo, decimos que una silla es eso, y no otra cosa, porque su esencia es ser una silla).[1]

1. Si "… se piensa que los conceptos reflejan una presunta esencia de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos. Esto supone que la relación entre los significados de las expresiones lingüísticas y la realidad consiste en una conexión necesaria que los hombres

Desde una perspectiva distinta, podríamos decir que el lenguaje es una construcción y que no existe tal cosa como la esencia de las cosas. Según esta postura, un concepto no será verdadero o falso, sino más o menos apropiado para comunicar algo.

Ahora bien, podríamos preguntarnos de qué hablamos cuando hablamos de los conceptos. Veremos ello a continuación.

## II. Qué son los conceptos

En términos generales, se puede afirmar que un concepto, al igual que un significado, permite agrupar una serie de elementos (objetos) que presentan características comunes, sin mencionar a cada uno de ellos en forma particular y específica.

Gracias a este recurso del lenguaje, podemos comprar un kilo de manzanas en la verdulería sin tener que señalar a cada manzana en particular a los fines de lograr el objetivo deseado; simplemente apelar al concepto de "peso" (un kilo en este caso) y al concepto de "manzana" basta para que nuestro/a interlocutor/a nos entienda.

Imaginemos otro escenario. En medio de una clase en la facultad, un/a estudiante descubre que olvidó llevar en su mochila algún elemento de escritura y pide a un/a compañero/a una lapicera, sin referirse a una marca o diseño en particular. Es muy probable que obtenga lo que desea, siempre que cuente con la buena voluntad de un/a compañero/a que tenga una lapicera para prestar. El concepto "lapicera" (o, en otras palabras, el conjunto de objetos que pueden ser agrupados dentro del concepto "lapicera") ha servido con efectividad.

Al hablar de ciertos objetos, como una manzana, estamos delimitando un sector de la realidad mediante el lenguaje. Nos podemos referir tanto a objetos existentes (como una manzana o una lapicera) o a objetos inexistentes, como el Minotauro o Hércules.

Para poner claridad en este aspecto, vamos a distinguir la *denotación* (o extensión) de un significado, de su *designación*.

---

no pueden crear o cambiar sino solo reconocer, detectando los aspectos esenciales de la realidad que deben, ineludiblemente, estar recogidos en nuestros conceptos. Esta concepción sostiene que hay una sola definición válida para una palabra, que esa definición se obtiene mediante una intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados por las expresión, y que la tarea de definir un término es, en consecuencia, descriptiva de los hechos". C. Nino, *op. cit.*, p. 12.

## *1. Denotación y designación*

Mientras que por medio de la denotación se hace referencia a los elementos u objetos que componen un concepto,[2] por la designación se alude a los criterios o requisitos que debe cumplir cada elemento u objeto de manera tal que pueda ser incluido dentro de un concepto determinado.

Veamos un ejemplo:

El concepto "ser humano" puede tener la siguiente denotación y designación:

Denotación o extensión: Juan, Carlos, María.

Designación: animal racional.

Respecto de Hércules o el Minotauro, podemos afirmar que tienen designación (ambos como personajes de la mitología griega, el primero como el hijo de Zeus con fuerza sobrehumana y el segundo como un guardián con cuerpo humano y cabeza de toro), pero no extensión, en la medida en que no pueden ser ubicados en un tiempo y espacio determinados (por lo menos, en la realidad).

Esta agrupación de los elementos por clases (denotación) o clasificación, según las características comunes que presenten (designación) como recurso del lenguaje para cualquier acción comunicativa (esto es, el uso de los conceptos para poder hablar con otra persona y ser entendidos/as), presenta algunas complejidades.

## *2. Los conceptos: ¿realidad o construcción?*

Bajo el presente título primero se verán dos clasificaciones de los objetos que pueden ser conceptualizados: por un lado, están los *objetos materiales*, que son los que podemos ver y tocar, o ubicar en un tiempo y espacio, y, por el otro, los *objetos inmateriales***,** como la idea de justicia o los valores. Tal como puede ir presumiendo el/la lector/a, los segundos, por su abstracción, son más difíciles de contrastar.

2. "Las relaciones de designación son las relaciones entre los signos lingüísticos y los objetos (la realidad a la que ellos se refieren y que ellos representan en el discurso…". Por su parte, la denotación, entendida como el objeto de referencia, "… como el objeto u objetos a los que se aplica un signo lingüístico en un acto de comunicación concreto…" (Gutiérrez, 1981).

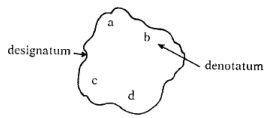



Gráfico extraído del texto de Gutiérrez reseñado en la presente cita.

### 2.1. Objetos materiales

Conforme lo desarrollado hasta ahora, estamos en condiciones de afirmar que, mediante la selección de objetos (denotación) y el agrupamiento de los mismos sobre la base de características comunes (designación), realizamos clasificaciones o agrupamientos por clases de cosas (por un lado está el conjunto de elementos llamado seres humanos, por el otro el de manzanas y, por el otro, el conjunto de lapiceras). Finalmente, le damos un nombre a esa clase de objetos para que puedan ser trasmitidos por el lenguaje (con sus vaguedades y ambigüedades, como se verá más adelante), es decir, lo conceptualizamos.

Por ejemplo: a ese grupo de frutas rojas que caen de los árboles decidimos llamarlas manzanas.

Con todo, podemos preguntarnos qué tan discrecionales son los agrupamientos de los objetos que nombramos. Podemos observar que, por alguna razón, distintos grupos de personas de distintas partes del mundo formulan clasificaciones similares a la hora de agrupar los objetos que se presentan en la realidad y es por ello que, a pesar de existir distintos idiomas, nos encontramos con criterios parecidos (por no decir idénticos) en zonas geográficas de lo más alejadas entre sí.

De esta manera, al conjunto de frutas rojas que caen de los árboles en Argentina se las llama manzanas, en EE.UU. se las denomina *apples* y en Alemania se les da el nombre de *äpfel*.

Con ello podemos preguntarnos si hay alguna característica en las manzanas que haga que sean manzanas y no otra cosa.

La misma pregunta puede hacerse respecto de cualquier concepto, a saber: ¿por qué un ser humano es una persona y no otra cosa? ¿Qué hay de particular en las manzanas o en las personas? ¿Por qué son lo que son y no otra cosa? ¿Existe algo como la *manzanidad* o la humanidad que me permita afirmar que la pera no es una manzana y el Minotauro no es un ser humano? Etcétera.

Este cuestionamiento, aún abierto, ha sido respondido de distintas maneras a lo largo de la historia. En el período denominado medieval, esta discusión recibió el nombre de "problema de los universales". En ella, los/as distintos/as autores/as que la protagonizaron se preguntaron cuál es la relación existente entre las palabras y los objetos designados por ellas. Por un lado, se puede postular que las palabras señalan realidades que son previas a los objetos. Por ejemplo, el concepto de humanidad, bajo esta idea, sería real aunque desaparezcan todas las personas que habitan el planeta Tierra; no depende de cada persona en particular sino que es previo a estas. Esta concepción fue conocida como "realista" o "conceptualista". Por el otro lado, podemos postular que los objetos preexisten a las palabras. Bajo este parámetro los conceptos o palabras vienen a definir o caracterizar a una serie de objetos reunidos previamente pero en modo alguno ello implica

decir que comparten una esencia. Esta postura se conoce como "nominalista" o "constructivista".[3] Entonces, si adopto una postura realista, diré que todas las manzanas comparten una esencia y, por ello, se las llama de la misma forma. En cambio, si adopto una postura constructivista, diré que llamar "manzanas" a las manzanas depende de un acuerdo formulado entre cierto grupo de personas.

### 2.2. Objetos inmateriales

Hasta ahora, se hizo referencia principalmente a una clase de objetos: los objetos materiales (manzana, lapicera o el ser humano). Pero, mediante el lenguaje, no solo se pueden designar objetos materiales sino también objetos inmateriales.[4]

Si ya no hablamos de objetos materiales como las manzanas sino de objetos inmateriales como valores o justicia, la discusión toma otro rumbo.

Pensemos el siguiente ejemplo:

Si nos enteramos que una persona mata a otra por placer y, no solo eso, sino que la víctima es un ser indefenso, seguramente coincidamos en que el acto descripto nos parece injusto. Aún más, es muy probable que no estemos dispuestos a aceptar discusiones en contrario y pensemos que el acto es injusto en cualquier tiempo y lugar, y bajo cualquier contexto.

Esta manera de pensar implica el afirmar que la idea de justicia es un valor objetivo, lo cual lleva a postular que hay hechos que son justos o injustos en sí mismos, independientemente de lo que piense cada persona.

Una vez que llegamos a este punto, podríamos preguntarnos qué pasaría si, sobre la base de esta idea de justicia, nos encontramos con que existe una ley que la mayoría de las personas cree injusta. En este caso, ¿qué deberíamos priorizar, la ley o el valor justicia? Una ley injusta puede ser parte del derecho (pensemos cualquier ejemplo extremo). ¿Existe relación entre el concepto justicia y el concepto derecho? Asimismo, si consideramos que el derecho debe ser justo, podemos

3. "El tema que aquí tratamos fue muy discutido en la Edad Media bajo la denominación disputa de los universales. Una de las tesis allí esgrimidas, la teoría nominalista, afirma que las especies, los géneros y –en general– los universales, no son realidades anteriores a las cosas, como sostenía el platonismo, ni realidades integradas a las cosas, a la manera del aristotelismo, sino simples nombres con los que se designa a un conjunto de cosas…" (Ricardo A. Guibourg; Alejandro M. Ghigliani; Ricardo V. Guarinoni, 1985: 41).

4. Como se verá más adelante, los valores pueden ser entendidos de diversas maneras, pero principalmente podrían dividirse según dos posturas:
Objetivismo: entiende que los valores son algo en sí, con independencia de la apreciación de las personas.
Constructivismo: desde esta perspectiva los valores no existen en sí mismos como realidad independiente sino que necesitan un/a depositario/a, alguien que los piense: "… los objetos inmateriales son construcciones abstractas hechas a partir de cualidades de otros objetos materiales y abstracciones previamente conocidas…" (Guibourg, 2004).

preguntarnos: ¿quién o cómo se determina qué es justo y qué no lo es? ¿Qué ocurre si dos personas tienen discrepancias sobre aquello que consideran justo?

Las respuestas a estas preguntas han generado dos corrientes del derecho que se han mantenido a lo largo de toda la historia: el *iusnaturalismo* y el *positivismo jurídico* (o iuspositivismo). A su vez, a todo esto hay que sumar las vaguedades y ambigüedades propias del lenguaje.

## III. Vaguedad y ambigüedad de las palabras

Para poder hablar de los conceptos se necesita utilizar ciertos recursos del lenguaje, como lo son las palabras, pero debido a ciertas características que presentan, como la vaguedad o la ambigüedad, no siempre resulta tan claro lo que se pretende comunicar.

En relación con tales características, podemos afirmar que las palabras *vagas* son aquellas cuyo significado es impreciso. En este caso, el riesgo de la vaguedad de las palabras consiste en realizar una designación que no permite comprender a qué clase de objeto nos estamos refiriendo. Es la duda que se genera respecto de cuáles son los casos en que se puede, o no, utilizar una palabra en cuestión.

Vamos a un ejemplo: si yo digo que tengo un puñado de arena y, a su vez, convengo con otro/a interlocutor/a en que esto es así y entonces saco de mi bolsillo un grano de arena y se lo muestro, seguramente sigamos entendiendo que seguimos en presencia de un puñado de arena. Pero, si repito esta misma acción indefinidamente, ¿hasta cuándo seguiremos entendiendo por "puñado de arena" lo mismo?

En referencia a las palabras *ambiguas*, podemos afirmar que son aquellas que tienen dos o más significados, o que pueden ser designadas de dos o más formas.

Por ejemplo, la palabra *vela* puede referir tanto a la vela que se usa cuando se corta la luz como a la que se utiliza para impulsar un barco con el viento.

Consciente o inconscientemente, en cada acto comunicativo hay que elegir entre la precisión y la complejidad o bien entre la generalización y la simplificación de las ideas a ser trasmitidas.

Entonces, según lo que acabamos de postular, las palabras utilizadas para expresar un concepto, es decir, para cumplir con su fin último, que es comunicar un mensaje, no podrían estar siendo definidas todo el tiempo, pero, por otro lado, una generalización extrema o bien el querer expresar un mensaje con la menor cantidad de aclaraciones posibles (un mensaje sencillo, simple, en cuanto al ejercicio del/de la emisor/a), también tornaría inútil cualquier acto de comunicación, entre ellos, el diálogo.

Volviendo al punto de inicio, entre los polos opuestos de describir con detalle el sentido de las palabras que se utilizan en el lenguaje (oral o escrito) y el de no

especificar nada, hay que decidir qué grado de precisión o generalización estamos dispuestos a sacrificar. Es decir, habrá que decidir qué grado de *vaguedad* y *ambigüedad* será aclarado, o no, al momento de comunicar algo.

Veremos a continuación cómo las cuestiones vistas hasta ahora forman parte de la dificultad de definir el derecho.

## IV. Concepto del derecho. Problemas. Teorías

### *1. Introducción*

Cuando nos preguntamos cuál es el concepto del derecho, nos encontramos frente a los problemas propios del lenguaje, con sus vaguedades y ambigüedades, así como también los problemas para determinar qué elementos/características lo componen (denotación), problema que traerá aparejado el definir cuándo llamaremos a cierto fenómeno derecho (designación),[5] como venimos de analizar.

Pero la cuestión no termina ahí; podemos preguntarnos si, al hablar del derecho, nos estamos refiriendo a una realidad que ocupa un lugar en el tiempo y espacio (en otras palabras, si estamos hablando de un objeto material), o es simplemente una abstracción (objeto inmaterial).

Y, por si fuera poco, aun entendiendo que el derecho comparte las características de los objetos inmateriales, podemos preguntarnos si las normas que componen el derecho son meras construcciones que dependen de la discrecionalidad, por ejemplo, de los legisladores, o si dichas normas están condicionadas por exigencias previas a su sanción, como podría ser la premisa de que deben respetar cierta idea de justicia.

Lo paradójico de la cuestión es que todos estos cuestionamientos pueden ser respondidos de manera afirmativa o negativa, dependiendo de la escuela del derecho a la que se adhiera.

A continuación detallaremos cada uno de los puntos que hemos visto, ahora aplicados al concepto del derecho.

5. El problema de la designación nos plantea el siguiente interrogante: ¿podemos llamar derecho a los códigos de convivencia no regulados pero existentes que se dan en lugares tales como cárceles, clubes deportivos, grupos de amigos/as…? La respuesta dependerá de las características o elementos que consideremos constitutivos del concepto de derecho (denotación).

### *2. Ambigüedad del concepto del derecho*

El concepto del derecho es *ambiguo* en tanto puede tener distintos significados, dependiendo de cómo se lo utilice y, a su vez, estos distintos significados guardan cierta relación entre sí. A modo de ejemplo citaremos los siguientes:

1. Como derecho objetivo: el derecho de Argentina tiene una Constitución Nacional cuya última reforma se realizó en el año 1994.
2. Como idea de justicia: la humanidad tiene derecho a vivir sin guerras.
3. Como derecho subjetivo: tengo derecho a peticionar ante las autoridades.

### *3. Vaguedad del concepto del derecho*

El lenguaje jurídico presenta muchos términos generales cuya extensión no siempre se encuentra aclarada. Por ejemplo, cuando hablamos de dolo en el derecho penal, del buen individuo de negocios en el derecho societario o de la sana crítica de los jueces para emitir sentencia, podemos encontrarnos con un sinnúmero de casos que pueden, o no, caber dentro de los ejemplos citados. Tal incertidumbre, como hemos afirmado, responde a la vaguedad del lenguaje.

### *4. Denotación*

Volviendo sobre los ejemplos que antes citamos, cuando un/a juez/a dicta sentencia podemos decir que hay derecho. Cuando hablamos de una constitución nacional o una ley de tránsito, también hablamos de derecho.

Todas estas especificaciones hacen alusión, directa o indirectamente, a un ordenamiento jurídico que rige dentro de un Estado Nacional:

El/la juez/a debe ser designado/a según la legislación vigente en un Estado.

La Constitución rige en un territorio Nacional, lo mismo que el código penal o civil de la Nación.

Entonces, puede decirse que hay un derecho alemán, un derecho argentino, un derecho italiano.

Todos estos derechos se corresponden con un concepto de derecho más general, con características comunes (designación, intención o connotación común).

Si entendemos el derecho como sinónimo de derecho estatal, por fuera de esta concepción quedan distintas organizaciones intra o transestatales, como los usos y costumbres de los pueblos originarios, o de colectividades como los gitanos, o de diferentes realidades sociales que se dan en un espacio geográfico específico que tiene reglas distintas a las establecidas por el estado nacional, pero cuyo

cumplimiento puede ser mucho más estricto, como los códigos que pueden darse en un sistema carcelario determinado o en las favelas de Brasil.

Todas estas realidades responden internamente a una forma de organización que puede, o no, coincidir con el derecho estatal.

Frente a estos colectivos, cuyas normas internas se dan dentro de un territorio del estado, podemos preguntarnos si esas normas, pautas y costumbres compartidas pueden ser llamadas derecho o no.

Si algunas de estas formas de organización son consideradas derecho: ¿cómo resolveremos las incompatibilidades que pueden presentar con el llamado derecho nacional?

Como vemos, el análisis del concepto del derecho no solo responde a los problemas estructurales del lenguaje, sino que pareciera legitimar con su uso ciertos órdenes normativos por sobre otros.

## *5. Designación*

¿Cuáles son las características o requisitos que componen el concepto del derecho?

Es importante destacar que las características que se expondrán a continuación pretenden ir generando un marco conceptual que permita una primera aproximación a la temática, pero que en modo alguno pretende agotarla.

La profundización y lectura crítica podrá implicar no solo lograr un entendimiento más completo y profundo que el aquí planteado, sino también contradecirlo e, incluso, descartarlo.

Hay algunas características que suelen atribuirse al derecho:

- *Generalidad:* el derecho está dirigido a todos/as por igual y regula situaciones abstractas.
- *Imperatividad:* el derecho regula conductas, no las sugiere, estableciendo qué es lo que se debe y lo que no se debe hacer.
- *Coercibilidad:* lo que ordena el derecho se debe cumplir aun contra la voluntad del sujeto.
- *Alteridad:* el derecho regula el comportamiento de las personas, pero no de manera aislada ya que siempre regula relaciones entre partes. En otras palabras, establece los débitos (lo que se debe) y los créditos (lo que es debido) de alguien hacia otro/a (sea persona física o jurídica).[6]

6. La noción de alteridad fue tomada de Vigo (2008: 16), pero descartando los elementos iusnaturalistas de su definición.

A su vez, a este orden general, imperativo y coercitivo que regula el comportamiento de las personas llamado Derecho podemos analizarlo desde tres enfoques o perspectivas distintas en base a cómo se tengan en cuenta tres elementos:

1. *Los valores*: que son analizados por la axiología jurídica.
2. *Las normas*: que son analizadas por la ciencia jurídica.
3. *Los hechos*: que son analizados por la sociología del derecho.

Mediante estos tres elementos: hechos, valores y normas, se pueden generar distintos marcos conceptuales que permiten separar las escuelas o corrientes del derecho.[7]

## *6. Tres marcos conceptuales para construir un concepto de derecho*

Hoy día, cualquier estudiante que se interese en la filosofía del derecho se encontrará con una amplia variedad de perspectivas a los efectos de construir una idea de aquello que llamamos derecho.

Para una aproximación inicial, puede resultar interesante explorar las posturas troncales de las cuales derivan muchas otras teorías que las tomaron como referencia (tanto para acordar como para distanciarse de ellas): la iuspositivista (o positivismo jurídico) y la iusnaturalista (o jusnaturalista).[8]

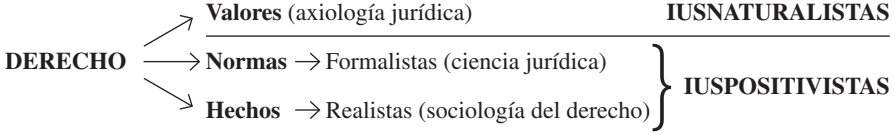
Para adelantar, se afirmará que solo desde el iusnaturalismo se puede sostener que hay valores (como la justicia) y, a su vez, que dichos valores son parte del concepto del derecho.

Por otro lado, se planteará que todas las escuelas iuspositivistas coinciden en negar que esos valores sean parte del concepto del derecho.

Finalmente, dentro del iuspositivismo, se verán dos corrientes: la realista y la normativista. Mientras que la primera incorpora dentro de su objeto de estudio a los hechos de la realidad, la escuela normativista entiende que el derecho es una ciencia formal, cuyo objeto de estudio es la norma considerada jurídica.

Veamos el siguiente gráfico:

7. El modelo a utilizar es una decisión metodológica; podría haberse utilizado otro esquema que sea más general, con el riego de perder precisión, o se podría haber elegido un esquema más detallado, con el riesgo de que el presente capítulo sea interminable.
8. "… en el centro mismo de la filosofía del derecho aparece inexorablemente la polémica entre iusnaturalistas y positivistas acerca del concepto de derecho. La discusión se presenta por lo general en estos términos: el partidario del derecho natural requiere de conceptos morales para caracterizar al derecho, mientras que el partidario del positivismo jurídico sostiene que puede prescindir de tales conceptos para realizar esa misma tarea…" (Farrell, 1998: 121).




A su vez, cada uno de estos objetos presenta sus características y forma de conocimiento.

| Escuela | Objeto | Características | Forma de conocimiento |
|---|---|---|---|
| **Positivismo Realista** | Hechos | Material | Experiencia |
| **Iusnaturalista** | Valores | Inmaterial (natural) | Mente o razón (intuición) |
| **Positivismo Normológico** | Normas | Inmaterial (artificial) | Razonamiento |

Cada una de estas posturas presenta sus inconvenientes y sus ventajas. Las mismas serán desarrolladas a lo largo del capítulo.

## V. Los valores como elementos preponderantes en la definición de derecho

### *1. Iusnaturalismo*

Dentro de las escuelas iusnaturalistas podemos encontrar teorías de lo más variadas y heterogéneas. No obstante ello (en general), hay características comunes que permiten agruparlas, a todas ellas, como teorías iusnaturalistas.

A modo de resumen podrían presentarse dos tesis[9] principales dentro de esta corriente del derecho:

1. Por un lado, la afirmación de que hay dos órdenes del derecho: el natural y el positivo[10] (por positivo se entiende al derecho creado por los seres humanos ya

9. "Si alguien rechaza alguna de estas tesis, aun cuando acepta la otra (suponiendo que ello es posible), no será generalmente considerado iusnaturalista" (Nino, 2010).
10. Según Bobbio (1965), "por iusnaturalismo entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero

sea, por ejemplo, a través de la costumbre o de leyes escritas, al que normalmente llamamos derecho estatal).

2. Por el otro, estas corrientes entienden que si el derecho positivo no respeta al derecho natural puede ser injusto o, directamente, no ser derecho.

A continuación desarrollaremos estos dos puntos con mayor profundidad.

### 1.1. El Orden Natural

Para todos/as los/las representantes del Iusnaturalismo, por un lado existe un orden jurídico positivo que se comprende dentro de un territorio determinado –normalmente un Estado– y que suele estar legislado o escrito. Este orden es el creado por las personas.[11]

Por otro lado, existe un orden superior que puede denominarse derecho natural; dicho orden no puede ser ni creado ni modificado por el ser humano.

Cuando apelamos a un orden natural en general (o a la naturaleza de las cosas) no estamos haciendo referencia a un término unívoco, ya que el mismo fue mutando a través del tiempo, como se verá a continuación.

#### 1.1.1. Edad Antigua (orden natural y la *physis*)

Históricamente, la primera concepción iusnaturalista puede rastrearse en la antigua Grecia y su noción de *physis*. La misma representaba el orden de todas las cosas,[12] del universo entero.

Este orden (llamado *physis*) implicaba una razón universal o ley eterna, y se encontraba presente en tres niveles por igual: en el universo (o cosmos), en la Polis (que era la forma de organización política, en algún aspecto similar a la noción de Estado actual) y en las personas.

---

por sobre el segundo. Por Positivismo jurídico entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el positivo. […] Mientras que el iusnaturalismo afirma la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, el Positivismo jurídico afirma la exclusividad del derecho positivo".

11. Hay quienes sostienen que el iusnaturalismo es dualista (o una teoría compleja), en tanto remite a dos órdenes distintos para definir el derecho: el orden natural y el orden positivo; otros autores postulan un iusnaturalismo monista (o simple), para esta postura el objeto del derecho solo serían los valores del derecho natural y el derecho positivo no sería otra cosa que la expresión (también podría decirse positivización, materialización) de ese derecho natural. Para esta postura, el derecho regulado por los seres humanos solo debe expresar aquellos principios o valores del derecho natural, en otras palabras, el derecho positivo sería la expresión temporal y geográfica (esto es, en una sociedad determinada y en un tiempo determinado) del derecho natural.

12. "En la Edad Antigua, hubo un marco de referencia a la naturaleza y al valor *orden*…" (Ciuro, 1994).

De esta orden se desprende la ley natural que es común a todos los seres humanos, anterior a cualquier ley humana y necesaria para el buen funcionamiento de la Polis.

Del respeto a la ley natural se desprende el orden justo. De esta manera, "el sometimiento a la Ley Natural es lo que permite mantener la armonía del universo" (Russo, 2011: 46).

Por lo tanto, el derecho positivo considerado justo era el que respetara ese orden llamado *physis*.

A esta concepción Eduardo A. Russo la llama Iusnaturalismo Panteísta.[13]

### 1.1.2. Edad Media (orden natural y Dios)

En la Edad Media, la *physis* es reemplazada por la idea de Dios.[14]

Mientras que para los griegos la *physis* era una realidad presente de manera inmanente a todas las cosas, el Dios (judeocristiano) no solo era causa de todo lo existente, sino que se presenta como una realidad trascendente y superior.[15]

El orden natural ya no es comprendido como un todo armónico (concepción propia de la Edad Antigua), sino que pasa a ser aquel orden que es acorde a la ley eterna que emana de Dios.[16]

A lo largo de este período ejerció un rol central la disputa generada entre dos corrientes: voluntaristas y racionalistas.

13. Russo (2011: 46) destaca: podemos resaltar los siguientes caracteres de este Iusnaturalismo: 1) se trata de leyes que tienen validez universal, validez en todo tiempo y lugar, vale decir, son inmutables; 2) estas leyes tienen carácter de verdadero imperativo ético impuesto a los seres humanos, pues mediante ellos se establecen relaciones justas entre ellos y se propende al bien en el Cosmos, de esta manera se instaura el fundamento ético de la ley; 3) el conocimiento de las leyes se efectúa por medio de la razón humana en unión con la razón universal; 4) la perspectiva fundamental se orienta al cumplimiento de las leyes. Su violación trae aparejado el castigo compensador, pero este último es un efecto secundario, lo importante es el conocimiento de la ley que establece la relación armónica o justa; 5) las conductas del ser humano, y cualquier ley, deben ajustarse al patrón superior fijado por las leyes eternas, ya que, caso contrario, no habría ley, sino mero ejercicio de fuerza.

14. "El período de la historia de la civilización que llamamos Edad Media tiene dos caracteres concretos: la convicción de la subordinación del conocimiento humano a la revelación divina y, por consiguiente, de la filosofía y de la ciencia a la teología…" (Fasso, 1982).

15. "En la Edad Media, hubo una remisión predominante a la divinidad y al valor santidad…" (Ciuro, 1994).

16. "… ello implica al menos tres cosas: 1) la ley natural deriva por completo de la ley eterna que no se identifica con aquella, sino que la trasciende, 2) no hay aspecto o elemento alguno de la realidad ajeno a esa legalidad, y 3) un Dios personal y providente es el autor de ese orden por entero…". Silvana Filippi, "La conformación de la noción de ley moral natural: de los griegos al pensamiento medieval", 2007, disponible en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3183508.pdf.

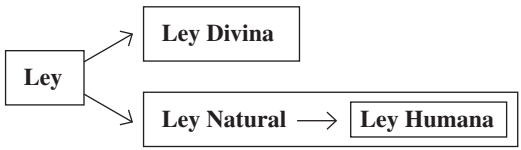
Para los primeros, el derecho natural dependía de la voluntad de Dios. Esta postura se opone a la idea de que existe una racionalidad (o razón divina, también llamada intelecto)[17] intrínseca en la justicia, ya que, para los voluntaristas, Dios es superior a la razón.

Los racionalistas, por su parte, invertían dicha lógica, es decir, postulaban que la ley natural derivaba de la razón divina (o ley eterna) y que el ser humano debía descubrirla a través de la razón. La ley eterna, si bien emanaba de Dios, contenía una lógica que no podía ser modificada, ni siquiera por el mismo Dios (Fasso, 1982: 17).

Santo Tomás de Aquino, uno de los máximos representantes del llamado iusnaturalismo clásico y defensor de la posición racionalista, distinguía cuatro tipos de leyes:

a. *Ley eterna*: es la ley primera,[18] de la cual se desprende todo lo creado, es el plan de Dios. Esta ley es inmutable y eterna (es decir que esta ley fue, es y será siempre la misma).
b. *Ley divina*: es la que guía al ser humano a cumplir el fin por el cual fue creado, esto es, que su alma participe de la eternidad después de su muerte terrenal.
c. *Ley natural*: es la parte de la ley eterna que establece la conducta debida de las personas que viven en sociedad y que regula sus relaciones recíprocas. La ley natural, si bien tiene cierta vocación de estabilidad, a diferencia de la ley eterna, no es totalmente inmutable ya que puede variar según el contexto específico.
d. *Ley humana*: es la creada por el ser humano, pero no de manera arbitraria sino como derivación de la ley natural que la precede (tanto en jerarquía como en términos cronológicos) y será justa en la medida en que no se oponga a la ley natural.

Veamos el siguiente gráfico:




17. "… la justicia es una cualidad que deriva no de la naturaleza de las cosas, sino de la mera aprobación divina; y Dios es justo no porque ame la justicia sino más bien, una cosa es justa porque Dios la ama, o sea, la aprueba", Pedro D'Ailly, *In Sententiarum*, q. 9, R. en Guido Fasso, *Historia de la Filosofía del Derecho. La Edad Moderna*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1982, p. 17.
18. Es ley primera en el sentido de que las demás leyes se desprenden de esta, lo cual no debe entenderse en términos cronológicos sino ontológicos; esto se debe a que la ley eterna, por ser eterna, no tiene origen ni fin, sino que existió desde siempre.

Para Santo Tomás, el derecho es inseparable de la justicia pero, como destaca Rodolfo L. Vigo, hay dos modos de entender la justicia. Podemos entenderla, por un lado, como virtud o hábito, esto es, como la práctica constante de la justicia y, por el otro, puede ser entendida de manera objetiva, lo cual implica observar los actos externos y no la intención de quien los lleve a cabo. Mientras que los primeros interesan al/a la moralista, solo los segundos interesan al/a la jurista.

Teniendo en cuenta esta distinción, Giusseppe Granderis (en Vigo, 2008: 20) ha llegado a hablar de la "amoralidad del derecho", señalando que "La cosa justa […] no radica en el sujeto sino en esa realidad exterior de la conducta…".[19]

### 1.1.3. Edad Moderna (orden natural y la Razón)

Ya en la Edad Moderna (y con mayor profundidad en la Edad Posmoderna o Contemporánea)[20] Dios es reemplazado por el ser humano. Bajo este nuevo paradigma, la noción de justicia que se desprende de la "naturaleza de las cosas" debe buscarse en el Ser Humano, que ya no se vale de un principio trascendente que lo guíe más allá de su razón. En este orden de cosas, la justicia debe buscarse en la naturaleza propia del ser humano.

19. Como puede observarse, la intencionalidad de los actos, propia de la ley divina, no es parte de la ley humana, sino que esta se centra en los actos externos del sujeto sin evaluar moralmente a los mismos; concepciones como estas fueron preparando el terreno para la Edad Moderna.

20. Como destaca Ciuro (1994), "la primera disciplina que ocupó el centro del escenario filosófico –en afinidad con el punto de partida *religioso*– fue la Metafísica, que mantuvo dicho centro en las edades Antigua y Media. En la Edad Moderna, el afianzamiento de la posición del ser humano y su distanciamiento del mundo que quería dominar llevó al predominio de la Gnoseología; la crisis de la relación íntima entre ser y deber ser y la mayor referencia del ser humano a sí mismo hicieron que en la Edad Contemporánea se desarrollaran y llegaran a predominar la Ontología y la Axiología, esta última emparentada con la teoría del valor de la Economía. Hoy, culminando el proceso en que va disminuyendo la profundidad de los planteos, hay fuertes tendencias a que el centro del escenario sea ocupado por la Lógica y la Epistemología. Puede decirse que hubo un curso de afirmación de la posición del ser humano, que llegó a valorar el ser desde sus propias exigencias, y hoy está en crisis la propia jerarquía del ser humano. La historia de la pregunta evidencia el miedo a la pregunta y a asumirla respecto de nosotros mismos; quizá por esto hoy volvemos a la duda. En general, del clima de autoridad antiguo y medieval se ha llegado al desarrollo autonomista de nuestros días, combinado con cierta dosis de desorientación. No es por azar, por ejemplo, que la referencia predominante de la filosofía analítica a los problemas del lenguaje y la lógica y su planteo relativamente superficial la conducen a llevar nuevamente al escenario jusfilosófico a los enfoques pactistas. […]

En la Edad Antigua predominó el diálogo entre Derecho y Filosofía; en la Edad Media, el diálogo entre Derecho y Religión; en la Edad Moderna, la relación Derecho y Política y en la Edad Contemporánea el diálogo Derecho y Economía. El orden antiguo *subió* hasta la santidad medieval y desde allí se *bajó* a la justicia moderna y a la utilidad contemporánea.

Ahora bien, como señala Russo, aun en esta visión antropocéntrica se mantuvieron firmes ciertos principios metafísicos de justicia. De esta manera, la Razón ocupó el lugar de Dios con la misma pretensión de universalidad y dogmatismo.

Para el pensamiento moderno, la justicia sigue siendo entendida como una realidad objetiva bajo principios de verdad indiscutibles.

"En el Derecho natural racional, desaparece el componente sobrenatural pero no el metafísico, bajo la forma de axiomas dogmáticos e irreductibles…" tales como "todo Derecho civil nace de un Derecho natural; o, en otras palabras, es un Derecho natural que ha evolucionado…".

"Hay dogmatismo cuando los axiomas se consideran universales, absolutos y eternos…" (Russo, 2011).

### 1.1.4. Edad Posmoderna o Contemporánea (¿orden natural?)

Si las tres etapas anteriores se caracterizaron por la centralidad de un paradigma para explicar la realidad (sea la *physis*, Dios o la Razón), el posmodernismo se caracterizó por un criterio deconstructivo, cuando no, relativista, que pondrá en duda la posibilidad de una única Verdad objetiva.

Como esta construcción racionalista de la idea de justicia ya no remite al orden natural eterno, inmutable y metafísico, los autores que proponen esta idea de orden natural han sido llamados iusnaturalistas racionalistas o profanos,[21] no -positivistas jurídico,[22] o, incluso, positivistas incluyentes.[23] Cualquiera de estas concepciones es válida en la medida en que pueda ser justificada pero, como podrá observarse, las consecuencias de adoptar una u otra postura llegan al extremo de encuadrar a un autor o postura dentro de un iusnaturalismo que podría llamarse moderado o, en sus antípodas, dentro del positivismo.[24]

Como ejemplo de ello podemos citar a autores como Ronald Dworkin (1993) o a H. L. A. Hart (1963).

21. "Este iusnaturalismo tiende a centralizar su enfoque en un análisis de la naturaleza humana (en el hombre), y a encontrar a través de la razón una serie de características fundamentales de esta. Por ejemplo, la necesidad de conservación de la vida, de libertad, de igualdad, etcétera…"; Eduardo Ángel Russo, *Teoría General del Derecho. En la Modernidad y en la postmodernidad*, Abeledo-Perrot, 2011.

22. Ver, por ejemplo, Rodolfo Luis Vigo, *Visión Crítica de la Historia de la Filosofía del Derecho,* Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, pp. 19-22.

23. El nombre deriva de la posibilidad de construcción de un concepto de derecho dentro del positivismo jurídico que incluya los valores. Al respecto se puede consultar a Wilfrid J. Waluchow, *Positivismo jurídico incluyente,* Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1994.

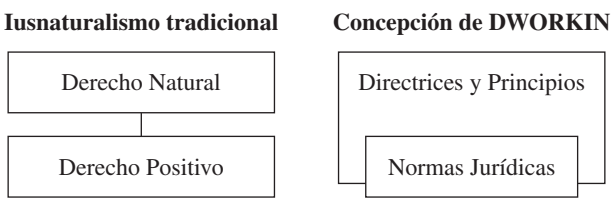
24. Desarrollar aquellas posturas que, en vez de hablar de iusnaturalismo, introducen los conceptos de no-positivismo o positivismo incluyente excede al presente capítulo, pero si el/la lector/a está interesado/a puede consultar Vigo (2008) o Waluchow (1994).

Hart, aunque es calificado como positivista, en su construcción teórica habla de "simples verdades obvias", que se desprenden de caracteres comunes de los seres humanos y cuya exclusión del derecho positivo implicaría una violación al "buen sentido". Como vemos, aunque el derecho natural para este autor es mínimo, no deja de ser un límite para el derecho positivo.[25]

Por su parte, Ronald Dworkin entiende que hay estándares que el derecho debe respetar.

Estos estándares pueden dividirse entre los objetivos que el Estado pretende alcanzar (paz social, mejora económica para sus ciudadanos, etc.) y que el autor llamó directriz política y, por otro lado, los principios, que responden a exigencias de la justicia y la equidad, entre otros valores. Tanto los principios como las directrices integran el derecho positivo.

En el siguiente gráfico[26] se pueden apreciar las diferecias entre un iusnaturalismo tradicional y el que plantea Dworkin.[27]




Clasificar las posturas como no-positivistas, o bien como positivismo incluyente, puede resultar muy ilustrativo según cómo se lo fundamente, pero, para las categorías teóricas del presente capítulo, ambas teorías son iusnaturalistas junto con todas aquellas de las cuales se pueda postular "que hay *algo* jurídico que vale como tal sin haber sido puesto originariamente por ninguna fuente o autoridad humana…" (Vigo, 2015).

Veremos esto a continuación.

25. Frente a la tesis que postula (que el derecho positivo puede tener cualquier contenido), Hart afirma que "…es una verdad de alguna importancia que para la descripción adecuada no solo del derecho sino de muchas otras instituciones sociales, es menester reservar un lugar para una tercera categoría de enunciados (además de las definiciones y los enunciados ordinarios de hecho): aquellos cuya verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características salientes que hoy tienen" (Russo, 2011: 246-247).
26. El gráfico fue tomado de Eduardo Ángel Russo, *Teoría General del Derecho. En la Modernidad y en la postmodernidad*, Abeledo-Perrot, 2011, p. 60. Por esta razón, autores como Vigo (2006) postulan que Hart (uno de los principales y más lúcidos exponentes actuales de la escuela iuspositivista), por incorporar, en su construcción del concepto del derecho, un elemento valorativo, no puede enrolarse dentro de la escuela iuspositivista.
27. "Si quisiéramos rotular la tesis de Dworkin diríamos que se trata de un *iunaturalismo sociológico…"* (Russo, 2011: 59).

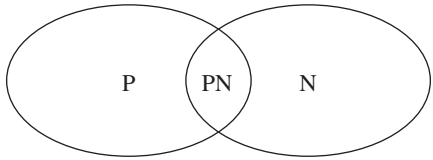
### 1.2. El derecho injusto no es derecho

Para las teorías iusnaturalistas, el derecho positivo solo puede ser válido en la medida en que respete (o por lo menos en cierto grado) al llamado orden natural.[28]

Afirmar que el derecho injusto (o extremadamente injusto) no es derecho, quiere decir que, si el ordenamiento jurídico positivo no se corresponde con el orden natural, puede ser reprochado como injusto (sobre la base de contrariar al derecho natural). Pero además de decir que ese derecho es injusto, se podrá decir (y esto nunca podría ser aceptado desde el iuspositivismo) que no es derecho.

Veamos el siguiente gráfico:

*Orden positivo y Orden natural*




En el gráfico se presentan dos órdenes: el orden positivo y el orden natural.

*El sector P*: representa el derecho que no es acorde al orden natural de las cosas (o derecho injusto). Por ejemplo, podría pensarse en un impuesto excesivamente gravoso sin un fundamento razonable.

*El sector N*: representa el orden natural que no puede ser exigido legalmente, esto es, que no es derecho. Por ejemplo, ser solidario con los demás puede ser considerado justo pero, en principio, no se puede invocar el derecho para exigir una conducta altruista.

*El sector PN*: representa al derecho justo, por coincidir con el orden natural.

Respecto del sector P, o el derecho injusto, puede ser derecho, o no, ello según el grado de incompatibilidad que guarde con el orden natural: si la incompatibilidad del derecho positivo con el orden natural es grave, o, en otras palabras, el derecho positivo es extremadamente injusto, para los iusnaturalistas no será derecho. Como puede observarse, hay una identificación entre justicia

28. Según Martín Farrell (1998: 121) se puede entender por teoría del derecho natural aquella que sostiene que no puede identificarse algo como derecho –que no puede, en otras palabras, identificarse una norma como jurídica– sin recurrir a conceptos morales. El contenido del derecho tiene que ajustarse al contenido de la moral. Si la norma es inmoral no es jurídica: no existe el derecho injusto, puesto que tal expresión es contradictoria. La teoría puede inclinarse también, desde luego, por una versión más débil; puede aceptar que un sistema jurídico contenga alguna norma inmoral, pero que el sistema mismo –en general– debe ajustarse a los preceptos de la moral.

y validez: el derecho válido es el derecho justo (o el derecho que coincide con el orden natural).

### 1.3. Crítica al iusnaturalismo

Uno de los inconvenientes al que se enfrentan los iusnaturalistas es el de poder explicar el método por el cual acceder a los valores que postulan, como la justicia, y cómo poder demostrar que los mismos son "verdaderos".[29]

Otro inconveniente relacionado con el anterior se presenta al tratar de resolver una disputa frente a la discrepancia del valor justicia, o de cualquier otro valor (que una persona diga que es justa una acción determinada, frente a otra que sostenga que es justa otra acción concreta y, además, que ambas sean incompatibles).

Siendo que dicho valor no está sujeto a la decisión de nadie,[30] entonces, ¿quién tendrá razón? ¿La mayoría? ¿El "sabio"? ¿Las "personas racionales"? ¿Las personas consideradas justas por la sociedad? ¿El chamán? ¿El sacerdote? Etcétera.

Por otro lado, puede considerarse una insuficiencia teórica definir una norma injusta como una norma que no es derecho, ya que implica definir algo de manera negativa.[31]

29. Los iusnaturalistas no solo entienden que hay preceptos de justicia que el orden positivo debe respetar, sino que a su vez postulan que son preceptos verdaderos, como lo hacen las posturas realistas en oposición a las nominalistas. El punto fue tratado en el título "Objetos materiales" del presente capítulo.

30. Según Alf Ross (2011), "las aserciones metafísicas no admiten ser refutadas, precisamente porque ellas se mueven en una esfera que está más allá del alcance de la verificación. Hay que aprender simplemente a pasarlas por alto como algo que no tiene función o lugar legítimo en el pensamiento científico. ¿Ha probado alguien que no es Zeus o las diosas del destino quienes guían el curso del Sol? Todo lo que podemos decir es que la astronomía moderna se las arregló sin esta presuposición […] El derecho natural busca lo absoluto, lo eterno, que hará del derecho algo más que la obra de seres humanos y librará al legislador de las penurias y responsabilidades de una decisión. La fuente de validez trascendente del derecho ha sido buscada en una mágica ley del destino, en la voluntad de Dios, o en una captación racional absoluta. Pero la experiencia muestra que las doctrinas que los hombres han construido sobre estas fuentes, lejos de ser eternas e inmutables, han cambiado con arreglo al tiempo, al lugar y la persona […] La variabilidad histórica del derecho natural da sustento a la interpretación de que los postulados metafísicos son meras construcciones para apoyar actitudes emocionales y satisfacción de ciertas necesidades".

31. Farrell (1998: 121) plantea: supongamos que la tarea que se presenta ante nosotros consiste en describir un sistema normativo respecto del cual existe una coincidencia entre el filósofo positivista y el filósofo iusnaturalista en el sentido de que el sistema en cuestión es inmoral; estoy pensando, por ejemplo, en el régimen de la Alemania nazi, en el de la Unión Soviética stalinista y en el de la Sudáfrica del apartheid. Mientras el positivista no tiene ningún inconveniente en describir a esos sistemas como derecho, el iusnaturalista no puede hacerlo, por cuanto se trata de sistemas normativos que él (al igual que el positivista) considera inmorales.
Ahora bien: el iusnaturalista puede decirnos que cualquiera de esos sistemas no es derecho, pero es muy claro que esa afirmación es insuficiente para nuestros propósitos; nosotros

Finalmente, se podría decir que el iusnaturalismo cae en una contradicción semántica, ya que para afirmar que el derecho es injusto, primero, tengo que poder postular qué es derecho.

## VI. Los hechos y las normas como elementos preponderantes en el concepto del derecho

### *1. Negación de los valores como fuente de derecho*[32]

Podemos encontrar muchas escuelas, y de lo más variadas, dentro del iuspositivismo, pero, tal como sostiene Carlos Nino (2010), podemos afirmar que todas ellas poseen algún elemento en común, a saber: afirmar que los valores (como la justicia) no pueden invalidar el derecho positivo.[33]

A este enfoque común de las escuelas iuspositivistas, Bobbio lo llamó "el positivismo jurídico como modo de acercarse al derecho".

Desde este enfoque, se distingue el derecho que es (el derecho vigente o el válido) del derecho que debe ser (el derecho justo, por ejemplo). Se rechaza

---

queremos saber qué son esos sistemas, no qué no son. Si yo enfrento a un zoólogo con un animal determinado, y le pregunto qué es, no me quedaría conforme si el zoólogo en cuestión me respondiera que el animal en cuestión no es un cisne; la respuesta es insuficiente para mis fines. Sin embargo, me temo que esa es toda la respuesta que el iusnaturalista puede dar.

32. Eugenio Bulygin (2009: 32) dice al respecto: "Sigo siendo firme partidario del positivismo jurídico, que consiste básicamente en la distinción entre la descripción del Derecho positivo y su valoración como justo o injusto. Esto implica varias cosas: en primer lugar, la distinción tajante entre la descripción y la valoración, lo que implica, a su vez, reconocer que la palabra "Derecho" no debe usarse como término laudatorio (cosa que hacen muchos autores), pues el Derecho es producto de la actividad humana y como tal puede ser bueno o malo, justo o injusto. En segundo lugar, esto implica negar que haya tal cosa como Derecho natural. Como alguna vez dijo M. Bunge esta expresión se parece mucho a una contradicción en términos, pues el Derecho es fundamentalmente artificial y no tiene nada de natural. Si se considera que una norma injusta no puede ser una norma jurídica (según la conocida fórmula de Radbruch), entonces todo Derecho es justo, pero entonces no hay posibilidad de criticarlo por injusto, pero la crítica del Derecho forma parte muy importante del quehacer de los juristas. Para poder valorar y criticar el Derecho hay que conocerlo, pues el conocimiento de un objeto es lógicamente previo a su valoración".

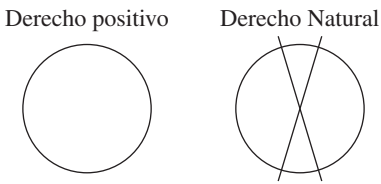
33. Según Martín Farrell (1998: 121), es posible entender "…por la teoría del positivismo jurídico a aquella que sostiene que puede identificarse a algo como derecho –que puede identificarse una norma como jurídica– sin necesidad de recurrir a conceptos morales; el contenido del derecho no tiene por qué ajustarse –en ningún grado– al contenido de la moral. Una norma jurídica puede ser inmoral: existe el derecho injusto, y la expresión no es para nada contradictoria. También esta teoría puede inclinarse por una versión más débil, y aceptar que el derecho requiere un mínimo ajuste con la moral, por una simple cuestión de eficacia. Pero no es necesario –en general– que el sistema jurídico se ajuste a los preceptos de la moral de acuerdo al criterio positivista…".

cualquier versión finalista del derecho, como pueden ser la justicia, la felicidad o el bien común. También se rechaza la idea de que el derecho esté condicionado a un valor como la justicia. Ello no quiere decir que el derecho no pueda perseguir ese fin, pero no por dejar de alcanzarlo perderá vigencia o validez.

Un iuspositivista, desde este enfoque, podrá admitir sin caer en ninguna contradicción teórica que existe una conexión entre el derecho y los valores como la justicia. Si realiza tal afirmación, cuando el derecho y el valor justicia coincidan dirá que estamos en presencia de un derecho justo. Ahora bien, si el derecho y el valor justicia no coinciden, podrá afirmar que el derecho es injusto, pero en ambos casos estaremos en presencia del mismo derecho.[34]

A modo de ejemplo, podemos exponer las atrocidades que se cometieron durante el nazismo y, a su vez, podremos coincidir en que ellas estaban amparadas por un orden normativo. Entonces podemos preguntarnos: ¿qué tipo de derecho era ese? Mientras que un iuspositivista dirá que ese derecho era un derecho injusto, un iusnaturalista afirmará que ese derecho, por ser extremadamente injusto, no constituía derecho.

Veamos el siguiente gráfico:




Podemos afirmar, en consecuencia, que para la construcción del concepto del Derecho, desde el positivismo jurídico, no hace falta apelar a ningún otro orden (como podría ser el derecho natural).

### *2. Iuspositivismo: entre las normas y los hechos*

Una vez descartados los valores como fuente del derecho, podemos formular una subdivisión dentro del iuspositivismo, conforme se tome como objeto preponderante de la ciencia del derecho a las normas o a los hechos.

34. Carlos Nino (2010) afirma que muchos juristas, erróneamente, identifican el positivismo con el *escepticismo ético*, esto es la negación de principios morales; en este sentido, afirma que exponentes de la escuela positivista como Bentham o Austin proponen un método (utilitarista) para llegar a principios morales universalmente válidos. Recordemos que, independientemente de todo posicionamiento moral, a diferencia del Iusnaturalismo, dentro del iuspositivismo la discrepancia entre un valor moral (sea cual fuere) con un ordenamiento jurídico positivo no invalida a este último, en todo caso lo vuelve injusto.

### *3. Ciencias formales y ciencias empíricas*

Las ciencias como la sociología, la geología o la zoología se ocupan de estudiar hechos que ocurren en la realidad. Por su parte, el objeto de las ciencias formales es ideal, esto es: "Son conceptos abstractos elaborados por la mente del hombre. El científico formal no busca su objeto en el mundo que lo rodea: lo construye idealmente" (Guibourg; Ghigliani; Guarinoni, 1984: 148). Como ejemplo de ciencias formales podemos citar las matemáticas, la aritmética y la lógica, entre otras.

Los enunciados de las ciencias empíricas parten de la experiencia y pueden ser refutados o confirmados. En cambio, los enunciados de las ciencias formales parten de razonamientos que deben ser verificados mediante algún método para probar su validez.

*Tabla comparativa*[35]

| Aspecto | Ciencia Empírica | Ciencia Formal |
|---|---|---|
| Objeto | realidad sensible o material | abstracción (objeto ideal o inmaterial) |
| Fuente | experiencia | razonamiento |
| Demostración | confirmación, refutación | razonamiento, verificación |

Mientras que el positivismo normológico parte de las ciencias formales, el realismo jurídico lo hace desde las ciencias empíricas.

### *4. Las normas como protagonistas. El derecho como validez*

Para el positivismo normológico, el objeto del derecho son las normas jurídicas[36] y la tarea de las ciencias jurídicas debe limitarse a describir dichas normas y no analizar si se cumplen o no.[37]

35. La tabla comparativa se tomó de Ricardo A. Guibourg; Alejandro M. Ghigliani; Ricardo V. Guarinoni (1984: 151).

36. Según Kelsen (1960: 12) "… una ciencia del derecho objetiva, que se limita a describir su objeto, enfrenta la terca oposición de aquellos que, menospreciando las fronteras entre ciencia y política, invocando esta prescriben al derecho un determinado contenido; es decir: creen poder establecer un derecho justo y, así, el patrón axiológico para el derecho positivo. En especial, la renovada metafísica de la doctrina del derecho natural, es la que se enfrenta con esta pretensión al positivismo jurídico".

37. Eugenio Bulygin (2009: 32) entiende que no es propio de la filosofía del derecho dar cuenta de la realidad, sino que ello es objeto de estudio de otras disciplinas: "¿Por qué no

### 4.1. Pero… ¿qué son las normas?

Una aclaración relevante en este punto es la siguiente: la norma jurídica no es exactamente lo mismo que la ley escrita.[38]

Hans Kelsen, uno de los máximos representantes de esta escuela, llamaba normas "a las disposiciones emanadas del legislador (o de la costumbre) y enunciados jurídicos a las descripciones que de las mismas normas hacen los juristas…".[39]

Por otro lado, este mismo autor entiende que las normas jurídicas funcionan como esquema de explicación.

Como se dijo, a las ciencias jurídicas (conforme lo plantea el positivismo normológico) no les interesa explicar la realidad, sino que esta cobra sentido solo en la medida en que es formalizada y descripta a través de una norma jurídica.[40]

---

ocuparse más de la realidad jurídica? La respuesta a estas preguntas es muy sencilla: la filosofía en general y la filosofía del Derecho en particular no se ocupan de la realidad, porque para eso están las distintas ciencias y entre ellas la ciencia jurídica. La filosofía se ocupa de los aspectos necesarios de la realidad, llámense estos ideas, categorías, conceptos o síntesis a priori. Esto implica una adhesión a la idea de que la filosofía es sustancialmente análisis conceptual. El análisis de la estructura del Derecho y de sus partes componentes, en primer lugar, de las normas jurídicas, así como de los conceptos jurídicos generales es, en mi opinión, la tarea primordial de la filosofía jurídica".

38. A modo de ejemplo se podría citar una costumbre extendida en el tiempo, que tenga consecuencias legales y que no esté legislada, se podrá decir que la misma es una norma jurídica mas no así que es ley escrita; el tema se desarrollará con mayor detalle en el título "Costumbre. Desuetudo. Eficacia y validez". Por otro lado, en la concepción iusnaturalista, el orden natural también es normativo (en tanto regula conductas), esté o no escrito.

39. Ricardo A. Guibourg; Alejandro M. Ghigliani; Ricardo V. Guarinoni (1985: 28).

40. "… El acontecimiento externo que, por su significación objetiva, constituye un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) es, pues, en todos los casos, en cuanto suceso que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, sensiblemente perceptible, un trozo de la naturaleza y, en cuanto tal, determinado por leyes causales. Solo que ese suceso, en cuanto tal, como elemento del sistema de la naturaleza, no es objeto *de un conocimiento específicamente jurídico, y, de esa suerte, no constituye* en general nada que sea derecho. Lo que hace de ese acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, […] sino el sentido objetivo ligado al mismo, la *significación con que cuenta. El acontecimiento en cuestión logra su sentido* específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma. La norma funciona como un esquema de explicitación. En otras palabras […] Que un documento, ya no solo por su sentido subjetivo, sino conforme a su sentido objetivo, sea un testamento válido, deriva de que satisface las condiciones bajo las cuales pueda valer como testamento, conforme a las disposiciones de ese código. Que una reunión de personas sea un congreso y que el resultado de sus actividades constituya jurídicamente una ley obligatoria; con otras palabras: que estos sucesos posean esa significación, expresa solo que el acontecimiento todo corresponde a las normas de la constitución. Esto es: que el contenido de un suceso fáctico coincide con el contenido de una norma tenida por válida" (Kelsen, 1979: 18).

### 4.2. Algunos problemas del positivismo jurídico normológico

#### 4.2.1. Casos difíciles

¿Cómo resuelven los jueces los casos difíciles? La primera respuesta que podría darse desde la perspectiva normativista es que los jueces *aplican* el derecho (entendido el derecho por ley escrita).

Si la pena por robar es de tres (3) años de prisión, comprobado el robo, la pena será ir a prisión por el término de tres años.

Frente a casos simples la respuesta no genera inconvenientes. Pero ¿qué pasará cuando no exista claridad en cuanto a cuál es la norma aplicable? Esto puede ocurrir ya sea porque existen dos normas que pueden aplicarse al mismo caso o bien porque existe una norma claramente aplicable pero que no contempla todas las particularidades de la situación analizada o, directamente, porque no hay norma concreta para aplicar.

En estos casos, podemos evaluar dos tipos de respuestas posibles (lo que no quita que pueda haber otras):

a) El mismo sistema normativo resuelve la cuestión: en esta hipótesis, lo que deberá hacer el juez en un caso difícil es ver qué reglas establece la ley para resolver el caso, como por ejemplo: aplicando una ley especial frente a una general, una posterior frente a una anterior, etc.

Con todo, se podrá decir que no hay una aplicación igual de la ley en casos similares o que la misma no ofrece respuesta acabada en casos difíciles, aun con las reglas que establece la ley. Basta para ello leer diferentes fallos o antecedentes jurisprudenciales y examinar los argumentos que allí se plasman.

b) El sistema de leyes no resuelve, por sí solo, la cuestión: si la ley no da respuestas concluyentes, por un lado, y por el otro se descarta que el juez pueda recurrir a otro orden distinto al jurídico, como la justicia, la respuesta al interrogante se reduce a afirmar que el juez tiene un margen (o discrecionalidad) para decidir cómo resolver un caso difícil.

Ya no estamos en un caso de mera aplicación de la ley sino en uno de interpretación y elección entre distintas alternativas a los fines de llenar los vacíos legales que la misma pueda presentar. Muchas veces, al encarar dicho análisis, se tienen en cuenta algunos otros factores, que podrán ser los coyunturales o bien políticos, lo cual implica, en principio, afirmar que para resolver un caso concreto no basta solamente con conocer la normativa vigente.

Veamos ahora qué ocurre con la creación y derogación de derecho a través de la costumbre.

4.2.2. Costumbre. Desuetudo. Eficacia y validez

La costumbre es una fuente del derecho; esto quiere decir que una conducta habitual y reiterada puede ser considerada derecho y que, una vez que ello sucede, se puede exigir su cumplimiento, aun judicialmente.

Por ejemplo, levantar la mano en una subasta pública. No hay ninguna norma escrita que diga que una persona que levanta la mano en una subasta pública está aceptando pagar un monto determinado por el bien que en ese momento es ofertado; sin embargo, si así lo hace, luego se le exigirá que pague el valor que corresponde por dicho bien.

Desde la ciencia del derecho no es posible determinar en qué momento la costumbre pasa a ser norma, justamente porque su origen es una conducta, es decir, un hecho social.

El fenómeno inverso es cuando una norma cae en desuetudo, es decir, cuando deja de ser parte del ordenamiento jurídico (o pierde validez), porque la misma deja de aplicarse. Esto no es más que la creación de derecho por la costumbre pero en término negativo, o sea, mediante la costumbre algo que era derecho, deja de serlo.

Con estos dos ejemplos: la costumbre como fuente del derecho y la costumbre como anulación del derecho válido (desuetudo), se ve cómo existe una relación intrínseca entre la eficacia de una norma (que sea efectivamente cumplida) y su validez (que esa norma sea considerada como una norma dentro del sistema).

Toda norma sancionada por el legislador se supone válida, pero si pierde eficacia, esto es, si se la deja de aplicar (porque hay una costumbre de actuar distinta a lo que dicta la norma), puede dejar de ser válida.

Por otro lado, la eficacia de una costumbre puede generar su propia validez normativa.

Ahora bien, mientras la validez es un dato formal, la eficacia es un dato que pertenece a la realidad. Frente a ello, para saber si estamos en presencia de una norma válida podemos preguntarnos: ¿cómo podremos saber si una norma dejó de aplicarse por la costumbre? ¿A partir de qué momento perdió eficacia? O bien ¿cómo podremos saber el momento exacto en que una costumbre puede exigirse legalmente?

Tales interrogantes no pueden formularse desde la ciencia del derecho o desde el iuspositivismo normológico porque responden a un análisis de la realidad y, como se dijo, este no es su objeto de estudio.

## *5. Los hechos. La realidad como elemento definitorio del concepto de derecho*

### 5.1. El derecho como eficacia

El análisis del derecho como fenómeno social corresponde a la sociología del derecho. Desde esta óptica, es central la idea de eficacia: no lo que la ley dice,

sino lo que la gente hace. En otras palabras, el positivismo jurídico de corte sociológico entiende el derecho como el conjunto de reglas efectivamente aplicadas sin hacer hincapié en lo que dicen las normas que hay que hacer.

### *5.2. Realismo jurídico*

El realismo jurídico, también llamado positivismo jurídico realista, es el nombre con el cual se encuadra a las escuelas del derecho que tienen una visión escéptica ante las normas.

Habitualmente se observa una distancia entre la ley escrita y la interpretación que hacen los jueces de ella, entre otros motivos por el carácter general y poco definido de muchas normas jurídicas o bien porque existen supuestos no aclarados, esto debido a la vaguedad de las mismas. Todo ello hace que, desde un punto de vista formal, como se desarrolló en el título anterior, existan respuestas acotadas para ciertos problemas jurídicos.

Para el realismo, las normas jurídicas no tienen relevancia propia, sino que solo pueden servir en la medida en que nos ayuden a predecir lo que los jueces harán.

Por su claridad ejemplificativa, se citará a continuación al juez Holmes en *La senda del derecho* (cita tomada de Nino, 2010: 46).

> Si queréis conocer el derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien solo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre que encuentra razones para su conducta dentro o fuera del derecho en los mandamientos de su conciencia. Tomad por ejemplo la pregunta fundamental ¿qué es el derecho? Encontraréis que ciertos autores os dicen que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si aceptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a este le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero en cambio le interesa saber qué es lo que han de resolver los tribunales […]. Yo opino de manera bastante parecida. Entiendo por "derecho" las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos.

#### 5.2.1. Crítica al realismo jurídico

Si la figura para interpretar el derecho es el juez y son sus decisiones las que interesan, el derecho pasaría a ser, meramente, un conjunto de tales decisiones.

De esta manera, las conductas y decisiones de los jueces que son relevantes para el derecho son las sentencias, pero ellas no constituyen un mero arbitrio. Por más amplia que sea la discrecionalidad de un juez, su decisión en algún modo está limitada por el orden legal vigente. En este sentido, la ley aporta pautas para enmarcar tales decisiones.[41]

Por otro lado, cuando un juez intenta resolver una controversia, no está pensando en lo que hará sino en qué elementos tiene para elaborar su sentencia.

Finalmente, de adoptar este punto de vista, se perdería toda la sistematicidad que la noción de orden normativo puede darnos.

### *6. Hecho y norma, el dilema del iuspositivismo*

Como hemos visto, por un lado, se analizó cómo las teorías normológicas, si son teorías puras, no pueden dar cuenta de fenómenos propios del derecho y, por el otro lado, vimos cómo las teorías realistas, plantean el derecho como un fenómeno cuasi anárquico, donde se pierde toda noción de orden normativo. Guibourg entiende que este es el dilema del iuspositivismo:

> Si la teoría da cabida a los vaivenes de la realidad, se ve constreñida a describir esa realidad y –por consiguiente– a renunciar a la exigencia sistemática que el manejo del derecho requiere. Si se constituye en sistema ideal cerrado y finge no ver la realidad circundante, encuentra a menudo que sus deducciones intrasistemáticas no coinciden con la situación social que funda su utilidad; y si trata de situarse en algún punto intermedio, su propia dinámica la empuja hacia alguno de los extremos (Guibourg, 2015: 73).

## VII. Otras perspectivas, breve reseña: Teoría de sistemas; Trialismo jurídico

Lo que se pretende ahora no es más que enunciar otras posibles perspectivas a las antes planteadas, ello a los efectos de que el/la lector/a tenga presente que

41. "…la ciencia del derecho (o el estudio del derecho, o la actividad de los juristas, si se quiere) no trata solo de describir o explicar el hecho jurídico-social: también pretende establecer un sistema de argumentaciones que puedan considerarse intrasistemáticamente válidas y que permiten un diálogo persuasivo entre súbditos y órganos estatales, fundado en reglas de juego conocidas y presumiblemente aceptadas" (Guibourg, 2015: 71).

existen varias formas, teorías, métodos y/o perspectivas, además de las que venimos de exponer hasta el momento, a los fines de desarrollar un concepto del derecho. A continuación se mencionarán tres.

### *1. Teoría de sistemas*

Como toda teoría, no está libre de discusión, pero podría decirse que refiere a un estudio que incorpora distintas disciplinas (cada una vista como un sistema) y sus interacciones.

Aplicado esto al derecho, podría decirse que este es un sistema de normas (si tomamos la perspectiva normológica) pero, a su vez, que este sistema de normas se ve permeado/afectado/condicionado por otros sistemas (o *inputs*, es decir, las "entradas" o formas con que otros sistemas alimentan al sistema jurídico) como podría ser la sociología, la ciencia política, las ciencias económicas, los valores morales[42] y, a su vez, el sistema jurídico (o el derecho) permea/afecta/condiciona a otros sistemas (estos son los denominados *outputs*, las "salidas" o formas con que el sistema jurídico alimenta a otros sistemas).

Esta perspectiva no podría ser sostenida por un autor, como Kelsen, que pretenda construir una teoría purista del derecho.

### *2. Teoría trialista*

La teoría trialista del derecho propone construir un concepto de este integrado por tres elementos: los hechos, los valores y las normas.

Este postulado permite superar distintos conflictos o dilemas que implican tomar un solo elemento de los tres mencionados para poder abarcar todo lo que podemos entender por el fenómeno del derecho.[43]

42. Un referente de la teoría de sistemas aplicada al derecho es Ernesto Grün; desde su perspectiva, el derecho como sistema es esencialmente normológico, pero se alimenta tanto de valores como de la realidad: "… el Derecho en su consideración sistemática debe integrarse como sistema normativo (formal), sistema social (real) y sistema axiológico (valorativo), so riesgo de perderse en aproximaciones parciales e incompletas que no permitan su comprensión global… "(Grün, 1998: 172).

43. "… Según lo que se entienda por Derecho, la vinculación con la Filosofía ha de ser menos o más estrecha. Si el Derecho es solo norma, la relación entre Filosofía y Derecho se establecerá principalmente al hilo de la Lógica y será muy limitada, al punto que la Filosofía del Derecho resultará casi una mera yuxtaposición en los planes de estudios jurídicos. Si el Derecho es solo realidad social, la vinculación entre la Filosofía y el Derecho será también limitada, resultando el horizonte del Derecho la Sociología. Cuando el Derecho es concebido como solo justicia, hay una relación aparentemente sólida entre Filosofía y Derecho, pero el apriorismo en que entonces necesariamente se desemboca en el planteo de la justicia excluye

Esto no es más que entender el derecho como un fenómeno complejo (en el sentido de contar con más de un elemento).

Pero el gran desafío para esta perspectiva es la integración, o bien el de superar la supuesta incompatibilidad que presentan cada uno de los elementos elegidos para definir el derecho.[44]

## VIII. Conclusión

Como punto de partida, se han señalado las dificultades generales que presenta cualquier tipo de conceptualización y se ha expuesto la importancia de seleccionar similitudes que sean consideradas relevantes a esos fines, como también obviar algunas diferencias al momento de agrupar elementos que se encuentran dentro de un mismo grupo (al que podemos llamar concepto).

Luego, a la hora de conceptualizar al derecho, se tomaron (no sin cierto grado de arbitrariedad) las siguientes características: generalidad, coercibilidad y

---

la verdadera pregunta filosófica. En cambio, cuando, como en el trialismo, se reconocen las tres dimensiones del Derecho, llegando a afirmar que el mundo jurídico es un conjunto de repartos captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia, y cuando se advierte así, además, que este valor exige que cada individuo se convierta en persona, la vinculación es profunda e inevitable…" (Ciuro, 1994).

44. En este sentido, la teoría trialista no solo se enfrenta a cada uno de los problemas que se encuentran dentro de las teorías simples (o que tienen –por lo menos preponderantemente– un único objeto dentro de su concepto del derecho), vistas a lo largo del capítulo ya que la misma reúne el objeto propio del Iusnaturalismo (el valor justicia), del positivismo normológico (la norma) y del realismo jurídico (los hechos que ocurren en la sociedad), sino que, a su vez, se enfrenta al problema del método para abordar cada uno de esos objetos.

Como afirma Cueto Rua respecto del objeto del Derecho y su método de conocimiento: "… Para el jusnaturalismo, el Derecho es Justicia, un valor; para el racionalismo dogmático [o positivismo normológico], el Derecho es norma, un objeto racional; para el Realismo Jurídico, el Derecho es comportamiento humano, un objeto cultural. Se está ante tres clases de objetos. En la medida en que el método de conocimiento se adecúe a las características esenciales de los objetos, los métodos serán intuitivos, racionales o empíricos respectivamente…" (Cueto Rua, 1998: 111).

En similar sentido, Eduardo A. Russo plantea: "No solo las teorías no pueden compararse para determinar cuál de ellas es 'mejor' sino que tampoco pueden sumarse en una teoría única. Un intento de 'teoría unificada' lo representan las versiones 'trialistas' de Reale, Goldschmidt, Rojas Pellerano y otros, según las cuales el Derecho sería una suma –o síntesis– de hechos, normas y valores. La principal, y, a nuestro juicio, insalvable dificultad, es que las mismas trabajan con objetos de naturaleza diversa (empíricos, ideales y metafísicos, respectivamente), imposibles de acumular a menos que se reduzcan unos a otros buscando un común denominador (idea de norma, idea de hecho, idea de valor, o hechos, normas y valores como datos empíricos, o, finalmente, realidades supraempíricas). Pero en este último caso no tendríamos un 'trialismo' sino una nueva versión del positivismo, del realismo o del iusnaturalismo respectivamente" (Russo, 2011: 22).

alteridad que, en principio, pueden divisarse en todos los derechos de los Estados modernos y contemporáneos.

Finalmente, a la hora de encuadrar el concepto del derecho dentro de alguna de sus escuelas, hemos tomado tres elementos: los hechos, los valores y las normas.

Inicialmente, hemos distinguido las escuelas iusnaturalistas de las iuspositivistas, tomando en cuenta que las primeras postulan que el derecho injusto no es derecho, mientras que las segundas no condicionan el concepto del derecho al valor justicia.

Posteriormente, dentro del iuspositivismo se dividió el positivismo normológico, que destaca el concepto de validez de las normas jurídicas frente al realismo jurídico, cuyo centro de análisis es lo que efectivamente sucede en los hechos.

Tal como podrá observar el/la lector/a, podemos afirmar que, luego de este extenso recorrido, aún no se ha establecido una definición de aquello que consideramos derecho. Ello se debe a que lo que se pretende con esta aproximación no es dar a conocer la postura de un autor o corriente concreta, sino aportar a una comprensión más amplia de este fenómeno que llamamos derecho.

## Bibliografía


Bobbio, Norberto: *El positivismo* jurídico, Madrid, Debate, 1993.

— (1965): *El problema del positivismo jurídico.* Buenos Aires, Eudeba, 1965.

Bulygin, Eugenio: *Mi visión de la filosofía del derecho*, edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº32, 2009. Extraído de https://doxa.ua.es/article/view/2009-n32-mi-vision-de-la-filosofia-del-derecho.

Catenacci, Imerio Jorge (2006): *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Astrea.

Ciuro Caldani, Miguel Ángel: *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho (Historia Jusfilosófica de la Jusfilosofía) Introducción Edad Antigua,* Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994.

Copi, Irving M.: *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.

Cueto Rua, Julio C.: *La Axiología Jurídica y La Selección de Métodos de Interpretación,* edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Nº21, 1998. Extraído de https://doxa.ua.es/article/view/1998-v2-n21-la-axiologia-juridica-y-la-seleccion-de-metodos-de-interpretacion.

Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*. Barcelona, Planeta Agostini, 1993.

Fasso, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho. Antigüedad y Edad Media.* Madrid, Pirámides, 1982.

Farrell, Martín D.: *¿Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico?* Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº21, 1998. Extraído de https://doxa.ua.es/article/view/1998-v2-n21-discusion-entre-el-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico.

Guibourg, Ricardo A.: *La construcción del pensamiento: decisiones metodológicas,* Buenos Aires, Colihue, 2004.

— *Derecho, sistema y realidad.* Buenos Aires, Astrea, 2015.

Guibourg, Ricardo A., Ghigliani, Alejandro M., Guarinoni, Ricardo V.: *Introducción al conocimiento científico.* Buenos Aires, Eudeba, 1985.

Gutiérrez Ordóñez, Salvador: *Lingüística y Semántica (aproximación funcional)*, Oviedo, Servicio Publicaciones Universidad de Oviedo, 1981.

Grün, Ernesto: *El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio*. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº21, 1998. Extraído de https://doxa.ua.es/article/view/1998-v2-n21-el-derecho-posmoderno-un-sistema-lejos-del-equilibrio.

Hart, H. L. A.: *El concepto del derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

Kelsen, Hans (1960): *Teoría Pura del Derecho*, 2da. edición, traducción de Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 18.

Nino, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del derecho.* Buenos Aires, Astrea, 2010.

Russo, Eduardo Ángel: *Teoría General del Derecho. En la Modernidad y en la postmodernidad*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.

Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia.* Buenos Aires, Eudeba, 2011.

Vigo, Rodolfo Luis: *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas. Ross - Hart - Bobbio - Dworkin - Villey - Alexy - Finnis*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006.

— *Visión Crítica de la Historia de la Filosofía del Derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008.

Waluchow, Wilfrid J.: *Positivismo jurídico incluyente*. Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1994.

# Capítulo II
# Las fuentes del derecho

*María José Lubertino Beltrán*

## Concepto y clases

¿Qué es una fuente? ¿A qué cosas físicas, intelectuales e incluso inmateriales denominamos como *fuente* de alguna ciencia, conocimiento, disciplina o verdad? A los fines de responder este interrogante, una fuente alude en este caso a la idea de *manantial* u *origen*, es decir, al lugar o instancia de la cual provienen los contenidos que luego se condensan o compilan en una disciplina, objeto de estudio o conjunto de informaciones; en nuestro caso, el derecho.

Resulta útil pensar, a este respecto, en lo que habitualmente se conoce en nuestra época como *fuente de información*. Si bien esta expresión es ambigua, pues la fuente de una información puede ser bien un archivo, un documento, un/a informante, un cuerpo de teorías, entre varias otras, la ambigüedad en este caso no indica una connotación negativa, pues marca la diversidad que el concepto de fuente supone. Diversidad que en el campo del derecho se presenta en, al menos, dos aspectos: en primer lugar, diversidad del propio concepto de fuente del derecho y de los sentidos en que pueden entenderse; por otro lado, diversidad o variedad de esas fuentes del derecho.

En cuanto al primer aspecto, la palabra *fuente* se entiende y utiliza en tres sentidos diferentes, a saber:

a. Corpus teórico-jurídico o documental en el cual el/la legislador/a reparó al elaborar una norma determinada y vigente. En esta significación, la fuente es la referencia jurídica concreta de la cual se toma la estructura, forma o contenido de la ley redactada. En otras palabras, el origen concreto de una norma.
b. Derecho consuetudinario o tradición, sentencias judiciales y articulaciones legislativas a través de las cuales el ordenamiento jurídico vigente se conformó, es decir, llegó a constituirse tal cual es. Esta es una visión *causal* de la fuente.
c. Formas de constitución del Derecho Positivo, haciendo alusión en este sentido a la idea de dónde, o cómo, o bajo qué circunstancias, se produjo

el derecho actual o vigente. Dicho de otro modo: cómo y desde dónde se entiende que la norma o ley vigente es una positivización del derecho.

En relación con el segundo aspecto, como veremos a continuación, el derecho cuenta con diversas fuentes que, en diferentes medidas, aportan a su configuración actual.

Encontramos entre las fuentes del derecho una primera clasificación que las divide entre fuentes formales y fuentes materiales.

Las *fuentes formales* son aquellas que cobran autoridad en virtud del propio corpus legislativo, es decir, las que resultan obligatorias según ese corpus porque exteriorizan el contenido de esa fuente. La ley es el ejemplo más rotundo de esta clase de fuentes, e incluso el único para muchos/as autores/as (Ferrara por ejemplo), mientras que otros/as (Del Vecchio) consideran también a la costumbre como fuente formal en tanto resulta obligatoria en ciertos sistemas jurídicos.

Las *fuentes materiales*, por su parte, son las circunstancias sociales, económicas, políticas, históricas, entre otras, que generan, matizan y perfeccionan los contenidos del derecho. La jurisprudencia y la doctrina son ejemplos típicos de esta clase de fuente.

Otra clasificación posible de las fuentes, tanto formales como materiales, es en directas e indirectas.

Las *fuentes directas* son aquellas cuya constitución misma evidencia la relación inmediata con el contenido del derecho. La Constitución, los tratados internacionales, las leyes y la costumbre forman parte de esta clase.

Las *fuentes indirectas*, en cambio, son aquellas que mantienen una relación mediata con los contenidos de la disciplina, mediada precisamente por las fuentes directas, que toman para sí estas fuentes indirectas, generalmente en la forma de la investigación y/o la interpretación. La jurisprudencia y la doctrina son las fuentes indirectas por excelencia.

Es momento, entonces, teniendo en cuenta las clasificaciones repasadas, de abordar las diversas fuentes del derecho. Pero es necesario aclarar que existe una jerarquización entre ellas, de dos órdenes: en principio, entre las fuentes que refieren a dimensiones diferentes y que, por tanto, poseen diferentes rangos de obligatoriedad. Como ejemplo, es la clase de jerarquía que se da entre una ley y una costumbre. El otro tipo de jerarquía se establece dentro de fuentes del mismo origen. Por ejemplo, dentro de las leyes encontramos leyes propiamente dichas, decretos, ordenanzas, que se encuentran jerarquizadas por orden de importancia y prevalencia. Asimismo hay una Constitución Nacional y 24 constituciones provinciales que deben adecuarse a aquella, leyes federales y leyes provinciales según las diferentes atribuciones y competencias del Estado nacional o los Estados provinciales.

Constitución Nacional: entre las fuentes de derecho, y las del derecho constitucional en particular, sin lugar a dudas la más relevante es la Constitución. Esta ciertamente es un instrumento jurídico en el cual constan organizadamente los principios normativos centrales por los cuales se va a organizar de manera integral todo un ordenamiento jurídico-político, pero lo que resulta aún más peculiar es que, más allá de su faceta como documento jurídico, la Constitución es más que un mero documento y no puede comprenderse ni analizarse sin considerar que también es un instrumento de gobierno, es decir, un medio para configurar la dirección de la organización sociopolítica de una sociedad determinada.

El inicio del Constitucionalismo Moderno se centró, naturalmente, en las Constituciones Nacionales que, exacerbando la soberanía como elemento central en la formación de los Estados Nacionales, se erigieron como leyes supremas.[1]

Esta característica primordial de la Constitución se evidencia en el carácter genérico y flexible que presenta la redacción de sus normas, por lo menos en relación a las leyes en general. El dinamismo que caracteriza a la realidad social, política y cultural –podríamos decir a la realidad misma en todos sus aspectos– exige que las Constituciones, si se pretende su perdurabilidad, no sean redactadas con prescripciones demasiado específicas sobre las distintas áreas abordadas sino que determinen lineamientos generales a los fines de no devenir anacrónicas según la realidad social. Tengamos en consideración que si esta última es esencialmente dinámica y cambiante, una Constitución que no determinara lineamientos genéricos precisaría reformas constantes, hecho que la anularía en su función. Sin embargo hay constituciones muy detallistas en América Latina, como por ejemplo las de Brasil o Ciudad de Buenos Aires, fruto de la participación social, que amplían derechos y fijan un programa de acción aún incumplido y vigente en muchos aspectos. El problema radica más en la dificultad de su cumplimiento por falta de mecanismos ciudadanos para su exigibilidad que en longitud de su enumeración de derechos.[2]

Tratados Internacionales: esta es una fuente relativamente nueva, cuyos corpus normativos proliferaron luego de la finalización de la masacre de la Shoá y la Segunda Guerra Mundial.

Las aberraciones a las que llegó el ser humano en el proceso que comienza con el avance de los regímenes totalitarios en potencias europeas y asiáticas y culmina

1. María José Lubertino Beltrán, "Supremacía constitucional y Federalismo Ambiental. Orden de prelación de las normas ambientales", Buenos Aires, 2016 (para Doctorado UBA, inédito).
2. Roberto Gargarella, "La 'sala de máquinas' de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo", en *Nueva Sociedad* Nº 257, julio-agosto 2015. Disponible en: http://nuso.org/media/articles/downloads/5.TC_Gargarella_258.pdf, consultado por última vez el 8 de febrero de 2018.

con la Segunda Guerra Mundial determinaron que la normativa internacional se centrara en los derechos humanos y que, por su propia definición, comprenda una inmensa cantidad de naciones, organizadas en una entidad (ONU) más firme que los ensayos anteriores de articulación jurídico-política a nivel mundial. Se inició entonces una suerte de consenso universal respecto a la paz, el respeto de los derechos básicos de los seres humanos (cada vez más numerosos y con mayor profundidad y exigibilidad, por cierto), las formas representativas de gobierno, entre muchos otros elementos o factores, plasmados en tratados internacionales con fuerza obligatoria para los países que los suscriben.

Se puede asegurar que si una primera etapa de lo que entendemos por Derecho Moderno (o de la Modernidad) se encargó de cimentar las bases, durante el siglo XIX, del individualismo jurídico, haciendo hincapié especialmente entonces en el desarrollo del Derecho Privado, sobrevino otra etapa en la cual, desde las primeras décadas del siglo XX, se perfila un Estado social o intervencionista que debe procurar un equilibrio ante las desigualdades entre los individuos para que el sistema no colapsara, equilibrio que apunta sobre todo a una mínima redistribución de la riqueza y a una elemental satisfacción de los derechos básicos de los/as habitantes.

Ahora bien, luego de ese Estado más fuerte e intervencionista se producen acontecimientos y surgen marcos teórico-políticos que nuevamente reducen el poder y las funciones estatales, generando desde finales de la década de 1970 un nuevo escenario que conocemos habitualmente con el nombre de "globalización" o "mundialización". Este fenómeno fundó un cambio sensible de las relaciones económicas y sociales a escala mundial y esta nueva fase del capitalismo asimismo provocó inequidades más profundas aún que las producidas bajo la matriz anterior.

En lo que interesa directamente a este apartado, un cambio fundamental se produce en la estructura de poder mundial, afectando principalmente al poder soberano de cada Estado como máxima instancia de regulación jurídica, que hasta allí se encargaba no solo de implementar y delimitar las posturas de fondo vigentes sino también, a través de la función jurisdiccional, de formar una pretendida completitud del sistema jurídico nacional. A partir de este punto, los instrumentos jurídicos internacionales comienzan a cobrar una relevancia e influencia decisiva, bregando precisamente por establecer estándares mínimos de derechos de los cuales no pueden bajar los Estados miembros. Esto deriva en la indudable pérdida de supremacía de cada Estado nacional, en tanto ya no aparece como marco exclusivo de producción normativa ni tampoco como el único detentador del poder de coerción.

Estas modificaciones comprometen el concepto de "soberanía estatal" tal como era entendido hasta el momento y colocan a las normas creadas e interpretadas judicialmente por cada Estado, en lo que nos interesa aquí, en un pie de igualdad o

cada vez más subordinadas a las normativas y jurisdicciones supranacionales. En materia de derechos humanos esto ha sido altamente positivo, no así en materia económica, para la mayoría de los países en desarrollo o emergentes.

De este modo, estamos ante una fuente relativamente más reciente pero fundamental, cuyo valor puede observarse en la oposición y el debate que existió durante muchos años entre dos posturas respecto a si estos tratados constituían una fuente del derecho única con la Constitución y, lógicamente, del mismo rango o si, por el contrario, constituían dos compartimentos jurídicos diferenciados, por decirlo de algún modo. Esta última posición, conocida como dualista, postula que se trata de dos órdenes distintos y que un precepto de la normativa internacional, aunque se encuentre en un tratado suscripto por una nación X, no pasa a formar parte de las leyes de esa nación si no hay una fuente interna que le dé recepción.

En cambio la postura monista incorpora lo consagrado en los tratados internacionales suscriptos al derecho nacional de forma automática, sin necesidad de que se deba crear una ley que materialice esa normativa para considerarla legítima y obligatoria. De otro modo, muchas veces los elementales derechos y garantías consagrados en tratados ratificados se convertirían en letra muerta a los efectos reales en el país suscriptor. O las leyes nacionales actuarían como filtro de esos derechos y garantías.

La relación entre los tratados Internacionales y la Constitución nacional puede disponerse de diferentes modos:

Prevalencia de los tratados sobre el sistema jurídico nacional, incluso sobre la propia Constitución.

Equivalencia de importancia entre los tratados y la Constitución.

Prevalencia de la Constitución respecto de los tratados, pero considerando a estos a su vez como prioritarios respecto a las leyes.

Prevalencia de la Constitución y equivalencia de los tratados y las leyes.

En el caso argentino, se suscitó una polémica respecto de la relación entre el derecho internacional y el orden interno, que vino a despejar, al menos en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Ekmekdjian c. Sofovich"[3] en 1992. Antes de esa fecha, la CSJN opinaba que el art. 31[4] de la Constitución establecía un orden de prelación de normas en el cual los tratados contaban con el mismo rango que las leyes pero podían no ser operativos por su mera ratificación si no contaban aún con una ley que los reglamente. En el fallo

3. CS, julio. 7-992 - La Ley, 1992.

4. Art. 31: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859…".

citado, por el contrario, se determinó que los tratados aprobados y ratificados eran directamente operativos en el derecho interno, aunque en el caso "Fibraca Constructora"[5] se continuó convalidando la prioridad del sistema de derechos y garantías de la Constitución Nacional por sobre el Derecho Internacional.

La Reforma Constitucional de 1994 esclareció toda vacilación al respecto e instauró, merced especialmente a lo prescripto en el artículo 75 inc. 22, un sistema normado de relación jerárquica entre los tratados internacionales y el derecho interno. Así, en dicho artículo se enuncian dos declaraciones y nueve tratados sobre derechos humanos[6] que son equiparados a las normas constitucionales, convirtiendo de ese modo dichos instrumentos en normas con "jerarquía constitucional" según lo afirma el inciso referido. Y se consagra el resto de los tratados como superiores a las leyes, eliminando cualquier duda al respecto. Asimismo se instituye un mecanismo por el cual el Congreso de la Nación con una mayoría agravada puede elevar tratados al rango constitucional.

En la Reforma de 1994 se incorporan con rango constitucional: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Aquí se abre una nueva polémica interpretativa, referida a si efectivamente los derechos y garantías de los tratados aludidos se pueden considerar *parte* de la Constitución (como sostiene Colautti); si efectivamente tienen un valor superior a las leyes pero inferior a la Constitución (Badeni, Sagüés), o si gozan del mismo valor que la Constitución (Bidart Campos). Esta es una polémica rica y extensa, que se fue despejando a lo largo del tiempo, dado que la Constitución Nacional desde 1994 expresamente equipara lo prescripto en los tratados internacionales de derechos humanos con lo normado en ella misma, es decir, le otorga jerarquía constitucional. La CSJN confirmó esto, si es que hacía falta, en el caso "Arce",[7]

5. CS, julio 7-993.
6. Es importante aclarar que en el estudio del derecho Internacional los Tratados y las Declaraciones son instrumentos de diferente naturaleza jurídica, puesto que las últimas no son vinculantes jurídicamente y, por tanto, no pueden ser denunciadas como ocurre con los Tratados. Sin embargo las declaraciones siempre son pauta interpretativa. En este caso, al estar integradas al texto constitucional o jerarquizadas con ese rango pueden considerarse como parte de las normas constitucionales.
7. F 320:2145.

en el cual se afirmó que los tratados jerarquizados constitucionalmente conforman un *bloque único de legalidad* cuyo fin estriba en la protección de los derechos fundamentales y que dicha protección debe comprenderse en función de los seres humanos y no en relación con los Estados. Se dirá entonces que la Constitución y dichos tratados integran el "bloque constitucional".[8]

Por supuesto, esta jerarquía otorgada no se agota en los tratados referidos, de modo que el listado no deviene taxativo sino que otros tratados o convenciones sobre derechos humanos, en caso de ser aprobados por el Congreso, se asimilan con los anteriores, exigiendo el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros en las dos Cámaras. De esta manera, todos aquellos tratados que se encuentren en la situación antedicha tienen rango constitucional y, naturalmente, son superiores a las leyes.

Con posterioridad a la Reforma Constitucional se elevaron a dicho rango:[9] la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas,[10] la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad[11] y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.[12] Sorprendentemente, la elevación al rango constitucional de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer ("Convención de Belem do Pará")[13] obtuvo dos veces media sanción por parte de Diputados, pero nunca logró ser sancionada por el Senado de la Nación. Tampoco han logrado su elevación a ese rango, y la ameritarían, el Protocolo al Pacto de los DESC y el Protocolo de San Salvador.

La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con rango constitucional, entonces, ocupan la cúspide del ordenamiento jurídico en nuestro país. Los derechos por ellos consagrados deben ser interpretados armónicamente y en forma dinámica y progresiva. Los siguen, siempre según el orden establecido en la Constitución, el resto de los tratados y, por último, subordinadas a ellos, las leyes.

8. Pablo Manili, *El bloque de constitucionalidad*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
9. Hasta el 15 de agosto de 2018.
10. Aprobada por Ley N°24.556 en 1995. Por Ley N°24.820 el Congreso le otorgó jerarquía constitucional.
11. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968. Aprobada por Ley Nacional Nº 24.584 y dotada de jerarquía constitucional por Ley Nacional Nº 25.778.
12. Aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006. Aprobada por Ley 26.378 y dotada de jerarquía constitucional por Ley 27.044.
13. Adoptada por 32 Estados latinoamericanos el 6 de septiembre de 1994. Aprobada por Ley 24.632.

El art. 75 en su inciso 24 contempla los tratados de integración que "… deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos". A esos tratados les otorga jerarquía supralegal pero no constitucional, lo que determina entonces una dimensión intermedia entre las leyes y la ya citada cúspide del derecho nacional. En idéntica situación se hallan el resto de los tratados ordinarios y los concordatos con la Santa Sede, respecto a los cuales el mismo inciso 22 determina que también "tienen jerarquía superior a las leyes".

Es interesante observar que el Derecho Privado –que estuvo en tensión en cuanto a la aplicación de la Constitución Nacional y los tratados en materia de derechos humanos, durante muchos años–,[14] lentamente a partir de la recuperación de la democracia, especialmente gracias a las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y académicos/as que trabajamos para su reconocimiento, ha ido logrando cambiar la jurisprudencia –y mucho más aceleradamente a partir de la emergencia de los "litigios estructurales"– y hoy –a partir del nuevo Código Civil y Comercial– se allana expresamente a subordinarse a la Constitución y los tratados de derechos humanos (artículo 1 CCC), como siempre debió ser según nuestra Constitución.

Leyes: la ley es un precepto general, estable, promulgado de acuerdo a las normas vigentes y obligatorias. Es necesario, más allá de esta fórmula, analizar el carácter que se adjudica a las leyes.

En primer lugar, las leyes son *obligatorias* para todos/as los/as habitantes de la Nación. Cuando se hace referencia a la expresión "fuerza de ley" se alude precisamente a la obligatoriedad que estas poseen respecto a los/as habitantes de la sociedad sobre la cual se legisla. En efecto, la fuerza de la ley es su aplicación, en principio, irrestricta sobre las relaciones sociales, es decir, sobre las relaciones entre las personas.

Las leyes, asimismo, son *generales*; es decir, que están previstas para un número indefinido de personas y situaciones. Es necesario precisar, respecto a las dos características repasadas, que no significa que las leyes se apliquen a todos/as los/as habitantes de manera literal (pensemos, a mero modo de ejemplo, los límites etarios en la aplicación de las leyes), sino que las leyes son obligatorias para el general de las personas que se encuentran como sujetos contemplados en la norma.

Para ser tales, las leyes deben ser auténticas, es decir, crearse de acuerdo al modo prescripto por la normativa vigente (principio de legalidad). Solo así una

14. Podríamos hablar de que esta tensión no resuelta se remonta a la querella o polémica entre Alberdi y Vélez Sarsfield desde las críticas del primero al proyecto de Código Civil del segundo en 1868.

ley y su aplicación resultan legítimas. Pero esto, por supuesto, no se agota en las formas sino que atañe a su contenido, en tanto las leyes nacionales –que en definitiva reglamentan los derechos proclamados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales suscriptos– no pueden contrariar pero tampoco retacear los derechos allí dispuestos sino, en cualquier caso, ampliarlos en su especificación (principio de razonabilidad).

### *Debido proceso adjetivo y sustantivo*[15]

Entre las reglas básicas del Estado de derecho la garantía del debido proceso es la que contribuye a asegurar la sujeción del Estado a las normas jurídicas.

"Se lo define como garantía innominada porque no aparece configurada en forma expresa, y con tal denominación, en norma alguna del texto constitucional". "Se lo construye a partir de la interpretación armónica de varias normas constitucionales –arts. 18°, 19° y 28°– y sus alcances se perfilan a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", sostiene Cayuso al referirse a nuestro marco constitucional nacional.[16]

La garantía encierra dos aspectos: 1. El *debido proceso adjetivo*, que resguarda el principio de legalidad, principio consagrado en forma genérica en la segunda parte del artículo 19 de la Constitución Nacional –la ley como único instrumento idóneo para limitar los derechos– recepcionando el principio de la libertad de la persona humana dentro del sistema (todo lo que no está prohibido por la ley está permitido) y en forma específica por el artículo 18 de la Constitución Nacional –garantías del proceso. El principio de legalidad hace al procedimiento de creación y aplicación de normas o actos de los poderes públicos.

2. El *debido proceso sustantivo*, que recepta y resguarda el principio de razonabilidad en orden al contenido de la norma o acto.[17] Se encuentra consagrado en

15. Ver María José Lubertino Beltrán, "El derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa (1996-2017)" (tesis doctoral inédita). Capítulo III, punto 2.1. Estado de derecho.

16. Susana G. Cayuso, "La aplicación del principio de razonabilidad y las limitaciones a los derechos fundamentales", en *Pensamiento Constitucional*. Año VI, Nº6. p. 383 y ss. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3219/3042, En especial pp. 389-390. (Consultado por última vez el 27 de marzo de 2018).

17. Los principios son aquellas líneas directrices que traza nuestra Constitución como "norma jurídica operativa y vigente". Ver Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981. "El pueblo decide por sí mismo establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función, y, a la vez, participar en el mismo de manera predominante, si no exclusiva, de modo que los ejercientes del poder sean agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios" (p. 44). Varias cuestiones se encuentran involucradas en el concepto de *control de razonabilidad*: "1. La viabilidad de la reglamentación de los derechos consagrados en el texto constitucional

el artículo 28 de la Constitución Nacional ("Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio"). "Su ubicación constitucional permite sostener que dicha norma está dirigida en forma específica al Poder Legislativo y en forma genérica al resto de los poderes constituidos. En la sección del Poder Ejecutivo se reitera el mandato constituyente en el artículo 99 inciso 2, al indicar que la facultad reglamentaria debe cuidar de no alterar el espíritu consagrado en la ley".[18]

Según Morello el principio de "razonabilidad" se encuentra en la máxima categoría dentro de los principios procesales, "es el más caro y orientador, el talón de Aquiles del edificio del derecho; el punto determinante de las proporciones; el que establece los límites, el punto crucial para llegar 'hasta ahí' en las circunstancias del caso o problema de que se trate".[19]

En nuestro país, las leyes son creadas por el Congreso de la Nación, que es compuesto por dos Cámaras: la de Diputados/as que representa al pueblo y son elegidos/as proporcionalmente por este, y el Senado, que representa a las

---

argentino. En efecto, la primera parte del artículo 14 de la Constitución Argentina dispone: 'Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamente su ejercicio'. De este primer párrafo se extraen, por lo menos, dos principios básicos para el sistema constitucional argentino: los derechos en su ejercicio son relativos y el instrumento de limitación es la ley. Este último reiterado en la segunda parte del artículo 19 de la Constitución Argentina, norma que recepta el principio de legalidad al disponer '... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe'. 2. El reconocimiento expreso de la facultad reglamentaria de los poderes públicos. En este sentido, esta cuestión tiene relación directa con el ejercicio del llamado Poder de Policía y con los alcances que el mismo ha tenido, dentro del sistema argentino, en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Tema este conflictivo en la doctrina nacional […] 3. Los límites del control jurisdiccional respecto al juzgamiento de los alcances del poder reglamentario en orden a la vigencia de los derechos constitucionales involucrados"; Cayuso, *op. cit.*, pp. 388-389.

"Toda ley o acto emanado de los poderes públicos podría ser sometido a la revisión del criterio de ponderación y de selección que ha tenido el legislador o autoridad al dictarlo. El criterio de la ponderación parece ligar de un modo proporcional el antecedente fáctico a la consecuencia jurídica. Dicha proporcionalidad parece estar determinada por la relación entre medios y fines y pareciera indicar la necesidad de que exista suficiente justificación en la misma. Justificación razonable" (*Idem*, p. 391).

18. "Es interesante en este punto utilizar algunas de las ideas del *common law* como sistema de creación de reglas de derecho (*rule of law*). En efecto, dicho sistema legal parte de la experiencia empírica y, a raíz de ello, verifica supuestos con cierto grado de injusticia que deben ser revertidos. No parte de una declamación dogmática de derechos, de justicia o de injusticia, sino que se trata de acercar al caso concreto la solución que aparezca como más razonable en relación con el plexo jurídico de base y los valores en juego y como único medio posible de aproximarse a un ideal de justicia concreto" (*Idem*, p. 390).

19. Augusto M. Morello, *El proceso civil moderno*. La Plata, Platens, 2001. Citado por Roland Arazi y Jorge A. Rojas, *Código Procesal y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado con los Códigos provinciales*. 3ª edición ampliada y actualizada. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014, Tomo I, p. 970.

provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (tres por cada una de ellas). En el proceso de creación de una ley se distinguen tres estadios: la sanción (ambas cámaras crean la regla), la promulgación (el Poder Ejecutivo establece la efectividad de una ley) y la publicación (momento de perfeccionamiento de la creación, pues permite a los/as habitantes conocer la norma instituida).[20]

Las leyes pueden clasificarse de acuerdo a diversos criterios:

a. De acuerdo a su forma o contenido puede ser una ley *en sentido material* (no solo las creadas de acuerdo al sistema vigente sino toda conducta u omisión que se torne socialmente obligatoria) o *en sentido formal* (únicamente las leyes emanadas del Parlamento de acuerdo a las reglas previstas para hacerlo).
b. Conforme su estructura y modo de aplicación existen leyes *rígidas* (las que tienen disposiciones precisas e inequívocas, que se aplican ante la comprobación del acaecimiento que exige) y *flexibles* (más generales y/o genéricas, en cuya aplicación adquiere importancia la acción del/a juez/a).
c. Atendiendo a la naturaleza de la sanción, las leyes pueden ser *perfectas* (la sanción es la nulidad del acto), *más que perfectas* (acarrean además una pena), *menos que perfectas* (no conllevan sanción ni nulidad) e *imperfectas* (no cuentan con sanción alguna para su violación).
d. De acuerdo a la relación que establecen con la voluntad de las personas, las leyes resultan *imperativas* (aquellas que la voluntad de las personas no pueden dejar sin efecto) o *supletorias* (que suplen la voluntad de las partes expresada en el contrato y pueden ser dejadas sin efecto, o modificadas, por la voluntad de las partes).
e. Podemos también ensayar una clasificación en torno a las llamadas *leyes de orden público*. Existe una teoría *clásica* respecto a la "esencia" de esas leyes, que considera son aquellas vinculadas de modo directo con la paz, las "buenas costumbres", la justicia como valor, la "moral pública" y la seguridad social, entre otras abstracciones. Asimismo, otra teoría, que privilegia el rasgo *imperativo* de las leyes de orden público, postula que la expresión "orden público" alude a las cuestiones públicas, de interés general, entendiendo esto como opuesto a los intereses privados o particulares.[21] Este punto merece un comentario específico, por la peligrosidad que simboliza su posible manipulación. Tal como asegura Colautti:

   La protección del orden público y la seguridad han constituido siempre argumentos predilectos de los regímenes autoritarios para cercenar los

20. Leer los artículos 4 a 8 del CCC para ver la vigencia, eficacia temporal e inexcusabilidad de las leyes.
21. El nuevo artículo 12 CCC adscribe a esta teoría.

> derechos. Dictadores, déspotas y tiranuelos han colmado la historia de ejemplos. En cuanto al módulo "moral pública" es demasiado amplio para impedir libertades tan sustanciales como la de manifestación religiosa o la libertad de expresión. Puede ser un argumento falaz para limitar la libertad de reunión de circulación o de asociación.[22]
>
> Efectivamente, colocar en abstracciones que de ningún modo pueden ser neutras (pues siempre una ideología subyace a cualquier valoración de lo bueno, lo malo, lo moral o lo inmoral) el imperio de una ley representa un inmenso peligro, pues lo que puede entenderse por "moral" o por el "bien" de una sociedad puede estar operado por regímenes autoritarios que incluso bajo el manto de defensa de la democracia continúan dando vigencia a valores retrógrados, ilegítimos u opuestos en general a los derechos humanos. Basta leer las demoledoras críticas que enormes pensadores/as realizaron desde el siglo XIX sobre los conceptos de "bien", "moral", lo "público", y la "justicia" para refutar de manera indubitable la presunta imparcialidad o rectitud universal que sostendrían las denominaciones analizadas y las leyes que las materializan.[23]

Costumbre: La costumbre es una conducta generalizada, constante y uniforme que asumen los miembros de una sociedad con la certeza de que esa costumbre se origina en una situación que es jurídicamente exigible. Se alude a su *generalidad* para graficar que los hábitos de pequeños grupos sociales no pueden calificarse como costumbres en su acepción de fuente del derecho. La *constancia* se refiere a la extensión en el tiempo que define a una costumbre determinada en tanto conducta repetida con un mismo contenido e idénticas motivaciones. Por último, la uniformidad es una característica que exige una clara similitud entre las acciones (y omisiones) que constituyen la costumbre.

Cuando se exige que una costumbre sea persistente durante largo tiempo para conformar un derecho exigible, este derecho o sistema de derecho se conoce como *consuetudinario*, del cual el *Common Law* inglés constituye el ejemplo tradicional. El derecho de los Pueblos originarios también es consuetudinario y no escrito, así muchos de sus principios ancestrales son preexistentes al Estado nacional y hoy siguen vigentes y deben ser interpretados armónicamente con nuestro derecho

22. Carlos Colautti, "Los Tratados Internacionales y la reforma de la Constitución", en La Ley 1994-D, 1145, p. 7.
23. A este respecto, Cfr. Friedrich Nietzsche, *El ocaso de los ídolos* y *Genealogía de la moral*; Karl Marx, *El Capital*; Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas* y *La arqueología del saber*; Georg Lukács, *Historia y conciencia de clase*; Roberto Espósito, *Inmunitas*; Hannah Arendt, *De la historia a la acción*, entre muchas otras obras.

positivo constitucional y legal. El derecho que podemos llamar *espontáneo*, en cambio, es la costumbre que se impone en un tiempo relativamente breve, que sigue más de cerca, por decirlo de algún modo, la vigencia sociológica de una determinada costumbre. De allí que tenga una relevancia decisiva, en tanto fuente, para el ordenamiento jurídico de un lugar en un momento dado.

Los hábitos, practicas o costumbres sociales, es importante aclararlo, no son beneficiosas para la convivencia humana en sí mismas, *per se*, sino que en muchas oportunidades funcionan de manera estrictamente opuesta. Pensemos en la cantidad de derechos ya consagrados en nuestro sistema jurídico (Ley de Matrimonio Igualitario, de Identidad de Género, de Violencia de Género, igualdad entre mujeres y varones, no discriminación en general, como ejemplos) cuyas premisas continúan sin cumplirse de modo integral o pacífico en tanto la costumbre de la sociedad, o de gran parte de ella, se resiste a cejar en sus actitudes y comportamientos. En tales casos, las que operan son costumbres basadas en aspectos e ideologías retrógradas y reactivas, como el machismo o la heterosexualidad pensada y actuada como hegemonía y criterio de normalidad. En estos casos la reiteración de estas prácticas o costumbres no es fuente de derecho por ser contrarias a la Constitución, los tratados y las leyes.

Así, el otro rasgo central para entender el perfil de la costumbre como fuente del derecho es la necesariedad que debe representar, es decir, la configuración de un valor social implícito que se torna de este modo urgente o perentorio. En tal sentido, se puede entrever en la costumbre una sugestiva arena de relaciones sociales en la cual pugnan, en sentido amplio, ideologías, cosmovisiones, creencias y políticas.

Esta característica revela otra nota central de la costumbre, su desdoblamiento entre un aspecto *objetivo* y otro *subjetivo*. El primero consiste en la repetición externa, perceptible, de la conducta habitual; el segundo, en la convicción o convencimiento colectivo de que esa repetición es necesaria, y debe tornarse obligatoria, para la evolución de las relaciones en una sociedad determinada. Esta conciencia de obligatoriedad es la nota central para diferenciar la costumbre de otras formas de hábito, como los usos convencionales o los usos del tráfico.

Las costumbres pueden ser de tres clases: interpretativa o *secundum legem*; supletoria o *praeter legem* y, finalmente, modificatoria o *contra legem*.

Las primeras lo que hacen es aclarar o definir la interpretación sobre una norma vigente. Este tipo de costumbre se impone porque es el comportamiento social el que le da un sentido determinado a una norma oscura. Las costumbres *praeter legem* son las que vienen a remediar un vacío u omisión legal, supliendo a la ley, de esta manera, para subsanar dicho vacío. En último lugar, las costumbres *contra legem* son aquellas que modifican de hecho, o derogan, una ley vigente. Estas últimas son las de status más polémico, pues aquellos que sostienen una postura férrea respecto a los procedimientos y formas legales que debe adoptar la creación normativa en

cualquiera de sus niveles, estiman como inadmisible que una costumbre sea capaz de modificar directamente alguna norma. Este pensamiento parece exagerar el alarmismo al respecto, pues se entiende que la costumbre, por los mismísimos requisitos que la construyen como tal, prospera lentamente y si algún día deroga una norma raramente sería a causa de una conspiración ideológica. Las costumbres *contra legem* pueden ser muy valiosas para evidenciar la letra muerta que existe, profusamente en algunos casos, en todo sistema jurídico; para denunciar de hecho la hipocresía que supone sostener una serie de normas que no guardan relación alguna con la realidad social del tiempo en el que aún rigen, ya porque fueron creadas en tiempos remotos, ya porque fueron dictadas bajo regímenes autoritarios o de acuerdo a preceptos morales antediluvianos.

Las posturas concretas en cuanto al valor de la costumbre como fuente del derecho dependerán en definitiva de la posición que se tenga respecto al origen legítimo del derecho. Las concepciones racionalistas, iusnaturalistas o positivistas, por supuesto, negarán todo valor de la costumbre, o lo limitarán seriamente, en nombre de la razón abstracta a la que responde la Ley o el valor positivo y exclusivo de la norma vigente. Un/a partidario/a de la escuela histórica del derecho, por el contrario, le otorgará mucha importancia por considerar que es la sociedad , el espíritu del pueblo actual, el que debe guiar el derecho, y en tal sentido la costumbre es una materialización significativa de ese espíritu.

En el artículo 1 CCC se reconoce exclusivamente como fuente de derecho a las costumbres *secundum* y *praeter legem*: "… Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

Jurisprudencia: este concepto señala como fuente del derecho a las decisiones de los tribunales, en especial de la CSJN, que crean doctrina al resolver sobre alguna encrucijada o aspecto central del derecho vigente. Es importante precisar que no cualquier fallo judicial se constituye como jurisprudencia y que incluso no son los fallos enteros los que se trascienden a sí mismos para formar parte de ella sino señalamientos puntuales y uniformes que se repitan en el tiempo. Tampoco cualquier instancia del sistema judicial es, en general, capaz de producir jurisprudencia sino que se atiende a las decisiones concordantes y reiteradas de Cámaras de Apelaciones, Cortes provinciales y la ya referida CSJN.

Existen opiniones que niegan a la jurisprudencia el carácter de fuente del derecho porque consideran que los fallos en todo caso lo que hacen es señalar un sentido de la norma pero no crear una nueva, pues esas interpretaciones obrantes en los fallos no adquieren obligatoriedad en el sentido estricto de la palabra.

Por el contrario, hay quienes consideran que la interpretación judicial en sí misma es una manera de crear derecho, pues el sentido que se da a una ley (fundamentalmente a aquellas oscuras, ambiguas o contradictorias) es una manera

de crear su efectividad. La interpretación se materializa en el acto de estipular el sentido de una ley, de completarla cuando tiene lagunas o de corregir las antinomias o contradicciones que contenga.

En nuestro sistema jurídico la jurisprudencia cumple sin ninguna duda el papel de fuente formal del derecho en tanto los sentidos plasmados en algunos fallos devinieron obligatorios. Nos referimos a las sentencias de Cámara emanadas de los fallos plenarios y también a los fallos de la CSJN. Por supuesto, la disputa teórica repasada en los párrafos anteriores continúa abierta y se sigue discutiendo si los fallos, aunque se tornen obligatorios en la práctica, realmente están creando una norma general. Más allá de estas disquisiciones teóricas o formales, y sin restarles la relevancia que tienen, resulta indudable que la jurisprudencia ejerce una influencia poderosa en nuestro sistema jurídico.

La CSJN tiene competencia originaria, es decir, casos en los que interviene directamente (artículos 100 y 101 de la Constitución Nacional), pero también una competencia derivada por la cual actúa en casos tratados por los tribunales inferiores que llegan hasta ella en virtud del Recurso Extraordinario, que en principio habilita a la CSJN a entender en cuestiones federales (casos en los que se hallan afectados derechos constitucionales), aunque su competencia se ha ampliado en la práctica.

Si bien no puede considerarse rigurosamente que los fallos de la CSJN sean obligatorios, es un *factum* que la autoridad de la Corte a este respecto provoca, como insinuábamos anteriormente, que las definiciones de relieve cristalizadas se repitan y uniformen en las decisiones de los tribunales inferiores. En tal sentido, se tornan incongruentes y prácticamente infructuosas las sentencias de tribunales inferiores que se distancien o contravengan lo dispuesto en algún fallo de la Corte, excepto que puedan fundamentar de manera novedosa ese distanciamiento. De otro modo devienen arbitrarias.

Los llamados *fallos plenarios* resultan obligatorios formalmente en algunos casos. Son aquellos que tienen lugar cuando la Sala de una Cámara de Apelaciones falla en un sentido opuesto al que lo hizo, en los diez años anteriores, otra Sala de la misma Cámara. Cuando la Cámara en pleno define la doctrina con que debe resolverse la contradicción (siempre precisamente en el campo de lo doctrinario y no de los hechos o casos concretos) se emite un fallo plenario que se convierte en obligatorio, aunque de manera parcial, puesto que ejerce ese atributo solo respecto a los Juzgados de primera instancia que dependan de la Cámara interviniente y asimismo a las Salas que la componen.

Los fallos plenarios surgieron como una herramienta para lograr homogeneidad jurídica y acabar con la contradicción de diferentes soluciones judiciales ante casos fácticos similares, en aras de lograr la seguridad jurídica y cumplir con el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional.

> En general, la doctrina mayoritaria ha defendido la constitucionalidad y conveniencia de los fallos plenarios, afincados en los principios de celeridad y economía procesal y de seguridad jurídica, dejando en claro que no implicaban la facultad de crear normas, sino solo de interpretarlas aunque reduciendo el ámbito de discrecionalidad judicial (Colombo, Carlos J., *La Corte Nacional de Casación*, Buenos Aires, Ed. V. Abeledo, 1943, T. I, p. 326; De La Rúa, Fernando, *El recurso de casación*, Buenos Aires, Ed. V. de Zavalía, 1968), sostiene Pablo Adrián Garbarino.[24]

Sin embargo, el antiguo artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación[25] –norma aplicable a los fallos plenarios emitidos por las distintas Cámaras Nacionales de Apelaciones– fue derogado junto al artículo 302 del mismo Código –autoconvocatoria a plenario para unificar jurisprudencia– por el artículo 12 de la Ley 26.853 (B.O. 17/5/2013), una de las leyes de reforma judicial que creó las nuevas Cámaras de Casación. Por lo tanto, y como sostiene Garbarino:

> sin perjuicio del elevado respeto que siempre van a merecer las decisiones judiciales de las distintas Cámaras de apelaciones dictadas en esas particulares clases de sentencias ("Fallos Plenarios"), cabe concluir que al haber la norma supra transcripta sido derogada por el referido artículo 12 de la Ley 26.853, dicha doctrina ha perdido obligatoriedad y ya no resulta plausible de seguimiento automático.[26]

Sin embargo, nada obstaría a que

> las causas en trámite por ante diferentes tribunales sean resueltas, aunque –huelga repetir– de modo no obligatorio, con arreglo a la doctrina que emana de los Fallos Plenarios dictados por las respectivas Cámaras, pues no se desconoce que el criterio adoptado en un Acuerdo Plenario da lugar a la elaboración de doctrina y jurisprudencia, de la cual se vale el

24. Pablo Adrián Garbarino, "Los fallos plenarios han dejado de ser obligatorios en materia tributaria y en toda otra rama jurídica extra-penal", en *Diario Tributario, Aduanero y Financiero* Nº147 – 08.03.2017. Disponible en: https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/03/Doctrina-08.03.pdf (consultado el 12 de agosto de 2018). En el mismo sentido al referirse a los fallos en materia laboral: "¿En qué quedaron los plenarios?", en *Diario Judicial*, jueves 25 de septiembre de 2014. Disponible en: http://www.diariojudicial.com/nota/35117 (consultado el 12 de agosto de 2018).

25. "La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Solo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria" (viejo artículo 303 CPCC).

26. Pablo Adrián Garbarino, *op. cit*.

> litigante para plantear su estrategia de defensa, ni tampoco se ignora que los mismos otorgan seguridad jurídica, vinculada a la lógica expectativa de los litigantes.

Así por ejemplo lo resuelve la sala II de la Cámara Nacional del Trabajo en el fallo "S., C. A. c/ YPF S.A. y Otros S/ Despido" fundamentando su aplicación del Fallo Plenario "Tulosai".[27]

En materia penal la interpretación de las leyes tampoco es siempre uniforme y el remedio procesal para ello –por lo menos hasta ahora– es el dictado de un fallo plenario que unifique la jurisprudencia. La obligatoriedad de los fallos plenarios en esta materia es impuesta por una ley del Congreso, el Código Procesal Penal (Ley 23.984).[28] Los/as jueces/zas de la Cámara de Casación Penal cuando dictan un plenario

> no "legislan en abstracto", sino que interpretan una ley "anterior" (ya dictada), y están obligados a ello. Luego los jueces inferiores están obligados a aplicar dicha interpretación. Quien acata este mandato cumple con una misión que le impone una ley democráticamente sancionada […] la interpretación en sí misma no puede ser inconstitucional […] los plenarios *no* tienen efecto retroactivo (sean o no más benignos), ergo: *no* son ley […] aun cuando se haya dictado un fallo plenario, los jueces deben seguir resolviendo cada caso concreto, aplicando luego –si corresponde– la doctrina de ese pronunciamiento, ergo: *no* son ley.[29]

27. "Si bien el Art. 12 de la Ley 26.853 deroga al Art. 303 del CPCCN, en atención a lo establecido en el Art. 15 de esa misma Ley y en tanto aún no está constituida la Cámara de Casación, cabe considerar que, respecto a las Causas en Trámite al momento de la Promulgación de la Norma, 'se mantiene' la obligatoriedad de la Doctrina emanada de los Acuerdos Plenarios dictados por esta Cámara. Sin perjuicio de ello, aun cuando se considerara –por hipótesis– actualmente desactivada la referida obligatoriedad, es necesario destacar que, "nada obsta a la Aplicación Potestativa de la Doctrina que emana de los Plenarios dictados por esta Cámara como fuente material de derecho; y que, en esa inteligencia, cabe propiciar que la Causa sea resuelta con arreglo a esa Doctrina en la medida que refleja el Criterio Mayoritario de este Tribunal de Alzada." Expte. 26523/10 – "S., C. A. c/ YPF S.A. y Otros S/ Despido" – CNTRAB – Sala II – 28/02/2014. Fallo publicado por ElDial.com – AA875B con fecha 26/05/2014.

28. Art. 4° - "Los tribunales competentes, en acuerdo plenario dictarán las normas prácticas que sean necesarias para aplicar este Código, sin alterar sus alcances y espíritu".

29. Según Octavio Aráoz de Lamadrid, en *Fallos plenarios de la Cámara Nacional de Casación Penal. ¿Son constitucionales?*, citado por Mario Hernán Laporta en "Fallos plenarios de la Cámara Nacional de Casación Penal. ¿Son constitucionales? de Octavio Aráoz de Lamadrid". ElDial.com, 2018. Disponible en: https://www.eldial.com/nuevo/lite-tcc-detalle.asp?id=176&id_publicar=121&fecha_publicar=12/09/2005&camara=Comentario%20Bibliogr%E1fico&base=99 (consultado el 12 de agosto de 2018).

Doctrina: como toda disciplina y objeto de estudio, el derecho cuenta con estudiosos/as (llamados/as juristas en este campo) que investigan sobre aspectos generales o particulares del ámbito jurídico. Son doctrina las opiniones de estos/as estudiosos/as, específicamente de aquellos/as más reputados/as intelectualmente y en la esfera de la investigación. Estas opiniones e interpretaciones se materializan de diversos modos: en el ámbito académico, en las publicaciones científicas (libros, tratados, manuales, revistas, comentarios de sentencias, etc.), en congresos y otras convenciones temáticas, y otros.

La doctrina tiene una gran relevancia aunque se trate de una fuente indirecta y material, pues los/as grandes pensadores/as del derecho, muchas veces alejados/as de los compromisos, intereses de otra índole, dificultades y presiones que representan la creación y aplicación efectiva del derecho, pueden hacer un gran aporte a la hora de interpretar una determinada normativa o de resolver las lagunas o contradicciones de un sistema jurídico. Sin embargo también otras veces son los/as que están en la trinchera de la aplicación de las normas los/as que pueden ver sus déficits y reflexionan para propiciar cambios. En muchos aspectos las diferentes corrientes teóricas también responden a diferentes ideologías, intereses y perspectivas frente a la sociedad, la política y el Estado.

Principios generales del derecho: los principios generales del derecho son, tal como lo indica su nombre, el origen o fundamento de las normas, del derecho mismo.

En efecto, se los denomina *principios* en tanto se erigen como los puntales fundamentales que estructuran un sistema jurídico determinado. El contenido de un sistema jurídico no resulta del azar o de una hipotética (e imposible) objetividad basada en la experiencia, sino que está basado en reglas que si bien son necesariamente generales resultan fundamentales porque de ellas se derivan, de un modo más o menos indirecto, las normas del derecho positivo. A su vez, la aplicación de estos principios puede resolver los casos no previstos por ese mismo derecho, aspecto muy valioso habida cuenta de la característica dinámica y cambiante de la realidad.

A estos principios generales se los considera de derecho porque son manifestaciones técnicas de extracción jurídica, que no se agotan en meras posturas morales o religiosas, o indicaciones ambiguas que se asemejan más a una simple manifestación de intenciones o deseos.

La voz "principio"[30] tiene diferentes usos, apunta Cafferatta[31] citando a Lorenzetti:

30. Retomamos los desarrollos elaborados sobre este tema para mi tesis doctoral (inédita): María José Lubertino Beltrán, ""El derecho al ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa (1996-2017)". Capítulo VI, punto 1.

31. Néstor A. Cafferatta, "Principios de Derecho Ambiental", en http://desa1.cejamericas.org/ bitstream/handle/2015/3119/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf? sequence=1&isAllowed=y. (Consultado el 24 de agosto de 2017).

> Tienen una función evocativa de los valores fundantes de un ordenamiento jurídico, también alude al inicio de algo que comienza, a las nociones básicas de una ciencia (principios de ética o de matemática), a los caracteres esenciales de un ordenamiento que representan su "espíritu". En la jurisprudencia el principio es concebido como una regla general y abstracta que se obtiene inductivamente extrayendo lo esencial de las normas particulares, o bien como una regla general preexistente. Para algunos/as son normas jurídicas, para otros/as reglas del pensamiento; para algunos/as son interiores al ordenamiento mientras que para otros/as son anteriores o superiores al ordenamiento.[32]

Así, la definición de los principios diferirá según la escuela iusfilosófica de la que se parta.

Los principios generales del derecho son útiles como fuente de información y guía (al modo de una idea rectora o regulativa, en sentido kantiano) para la producción legislativa, pero también son importantes para la interpretación judicial de las normas vigentes.

Estos principios, naturalmente y más allá de las pretensiones iusnaturalistas (que entienden a estos principios como propios de la "naturaleza de las cosas" y las conductas, como emanadas de esa naturaleza), no son objetivos, "naturales" ni "neutros" sino que expresan un juicio deontológico y/o axiológico de la realidad; es decir, señalan cuál debe ser la conducta correcta a seguir (la buena fe, por ejemplo) o cuál es el valor que debe primar (la equidad, la justicia, entre otros).

En este punto adoptamos la teoría de Luciano Parejo Alfonso,[33] quien entiende que la distinción entre valores y principios resulta ser más bien de grado: los primeros son normas más abstractas y abiertas, los segundos tienen un contenido ciertamente indeterminado pero más preciso o concreto.

Los principios son ideas directrices, "ideas fuerza o arbotantes", según Augusto Morello,[34] ideas elementales, fundamentales, nociones básicas. Los principios son "normas jurídicas prima facie", en estado germinal, no acabado, un armazón o arquitectura básica –según Lorenzetti.[35]

32. Ricardo L. Lorenzetti, *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1995, p. 258.
33. Citado por Bidart Campos en Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (coords.), *Los Valores en la Constitución Argentina*. Buenos Aires, Editorial Ediar, p. 81.
34. Augusto M. Morello, *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*. Editorial Platense, 1999.
35. Ricardo L. Lorenzetti, *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 136.

Los principios de derecho son –según Ronald Dworkin–[36] estándares que cumplen con exigencias de justicia, o de equidad, o alguna dimensión ética moral de este tipo. Robert Alexy[37] sostiene que se trata de "mandatos de optimización", en la medida de lo posible hay que observarlos. Son pautas de valoración, fines del Estado, criterios o justificaciones y hasta portadores de "pócimas mágicas" según la doctrina.[38]

Constituyen líneas de orientación, "pensamientos directores de una regulación posible".[39] Cumplen infinidad de funciones: informadora (para colmar lagunas), de interpretación (por su capacidad heurística), compaginadora y organizativa, fundante, actúan además como "filtros"(purificador), "termostatos",[40] "diques de contención" ante avances "disfuncionales", "cuñas de expansión" para el desarrollo del derecho, sirven para el despertar imaginativo, en tarea múltiple de incorporación del cambio, en tránsito vital creativo, de inventiva y dinámica, recreadora de las viejas normas (oxigenación).[41]

Han recobrado peso en algunas ramas del derecho, tales como el derecho ambiental, que legisla sobre sus principios como presupuestos mínimos en la Ley General del Ambiente (Ley 25.675) o desde la vigencia del nuevo Código Civil

36. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel Derecho, 1984, pp. 72 y 80.
37. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales***.** 2ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 68.
38. Jacqueline Morand Deviller, *Droit de l'Environnement*, Paris, Édition Estem, 1996. Se refiere a ellos como portadores de "pociones mágicas", citado por Néstor A. Cafferatta, "Doctrina del día: reformulación del principio de progresividad a 10 años de la ley 25.675 general del ambiente. Avances y novedades", en Thomson Reuters, *Revista de Derecho Ambiental* de Abeledo-Perrot, 8 noviembre de 2012. Disponible en: http://thomsonreuterslatam.com/2012/11/doctrina-del-dia-reformulacion-del-principio-de- progresividad-a-10-anos-de-la-ley-25675-general-del-ambiente-avances-y-novedades/ (consultado el 24 de noviembre de 2017). También: "Los grandes principios del derecho del ambiente y del derecho del urbanismo", traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci, en *Revista de Derecho Administrativo*, bajo la dirección de Juan C. Cassagne, de Editorial Abeledo-Perrot, p. 484: "... nos aseguran cuando estamos inquietos, nos estimulan cuando nos falta imaginación. ¿Por qué –pregunto–, renunciar a utilizar estas pociones mágicas?". Ver también: Néstor Cafferatta, "Los principios y reglas del Derecho Ambiental", PNUMA, VI Programa Regional, en http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/ VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas %20del%20der%20amb.pdf p.50 (consultado el 24 de noviembre de 2017)
39. Ricardo L. Lorenzetti, *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1995, p. 263.
40. José Luis Serrano, *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Prólogo a la primera edición. Madrid, Editorial Trotta, 2006.
41. Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial de derecho privado*. Barcelona, Bosch, 1961. En p. 31 las denomina "ventanas del ordenamiento"; Eduardo García de Enterría, "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo", en *Revista de Administración Pública* Nº40, Madrid. En p. 40 habla de "órganos respiratorios" del derecho. Ver también: Edgardo Saux, "Los principios generales del derecho civil", en LL, 1992-D-839.

y Comercial, que los rejerarquiza como pauta interpretativa genérica de las leyes en la norma del artículo 2 ("Principios y valores jurídicos"). Son ejemplos de principios las normas de los artículos 9 a 14 CCC (buena fe, abuso del derecho, abuso de posición dominante, prevalencia de los derechos de incidencia colectiva por sobre los derechos individuales).

## Bibliografía

Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Bidart Campos, Germán: *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires, Ediar, 1998. Capítulo I. III. Las fuentes.

Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel Derecho, 1984.

Gargarella, Roberto: "La 'sala de máquinas' de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo", en *Nueva Sociedad* Nº257, julio-agosto 2015. Disponible en: http://nuso.org/media/articles/downloads/5.TC_Gargarella_258.pdf, consultado por última vez el 8 de febrero de 2018.

Herrera, Marisa y Caramelo, G.: "Comentarios a los arts. 1º a 18º, Art. 1º. Fuentes y aplicación", en Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo I. Buenos Aires, Infojus – Sistema Argentino de Información Jurídica, 2015.

Lorenzetti, Ricardo Luis: *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*. Buenos Aires, La Ley, 2016.

— *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado.* Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1995.

— *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006.

Manili, Pablo: *El bloque de constitucionalidad*. Buenos Aires, La Ley, 2003.

Nino, Carlos: *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Astrea, 1980.

# Capítulo III
# Interpretación del derecho

*Mónica Francescangeli*

## 1. Tarea e importancia

¿Alguien podría cuestionar con argumentos legítimos en la actualidad que el sentido de una obra artística, la belleza de un paisaje, el significado de una información o la determinación de los valores trascendentales (sean estos religiosos, éticos, políticos, etc.) son resultados de *apreciaciones* o *discernimientos* de un sujeto (individual o colectivo, lo mismo da en este punto) cuya univocidad, más allá de cualquier pretensión, es imposible o, por lo tanto, falaz y/o ilusoria?

Esos discernimientos a los que se hizo alusión conforman la *tarea interpretativa* de los seres humanos. Esta función o actividad es de las más arduas de precisar y también de las más debatidas en el terreno filosófico, científico, lingüístico, neurológico y ético. Por supuesto, estos debates se dan asimismo al interior de lo que podemos llamar lo jurídico, pero tienen lugar en una instancia "posterior", por llamarla de algún modo, deudora de una serie de compromisos ontológicos, morales y axiológicos que la predeterminan. A esto hay que sumarle la problemática que, por sí misma, supone el *lenguaje* y, teniendo en cuenta nuestro sistema de derecho, la *escritura*.

Habida cuenta de la misión de este texto, no pretendemos en este apartado desarrollar una explicación genealógica del concepto de interpretación humana[1] pero sí denotar su complejidad e importancia a la hora de encarar la labor interpretativa sobre el derecho, porque en esa complejidad, veremos a continuación, reside su enorme importancia.

La ley positiva, como ya sabemos, es básicamente un conjunto de normas vigentes y escritas que rigen la vida en sociedad. Ahora bien, resulta al menos quimérico presumir que ese conjunto de prescripciones, derechos, garantías, sanciones, etc., es transparente, uniforme o de una coherencia absoluta.

1. Cfr. Michel Foucault, *Nietzche, la genealogía, la historia*, Pre-textos, 1988; Friedrich Nietzsche, *Crepúsculo de los Ídolos. O cómo se filosofa con el martillo,* Alianza, 1986; Paul Ricœur, *Teoría de la Interpretación,* Siglo XXI, 1995; Piera Castoriadis Aulagnier, *La violencia de la interpretación*, Amorrortu Editores, 1977; Gianni Vattimo, *Ética de la interpretación*, Paidós, 1991, entre muchas otras obras.

Las normas están compuestas, como mínimo, por tres dimensiones. En primer lugar, las motivaciones o propósitos de quien/es redacta/n la ley escrita (lo que se conoce también como "voluntad del/la legislador/a"). Luego, la dimensión del lenguaje escrito, que en sí misma, y a pesar de todos los esfuerzos aclaratorios que se practiquen, presenta cierta opacidad en tanto está traduciendo aquella voluntad en un lenguaje que tiene limitaciones expresivas. Finalmente, aparece la dimensión subjetiva de quien/es interpreta/n, se trate de un/a juez/a o de cualquier otra persona de la sociedad, como veremos más adelante. Como puede notarse, el sentido de una ley no es una cosa transparente ni simple; por supuesto, mucho menos lo será su aplicación.

Quienes redactan/mos las leyes intentan/mos, naturalmente, describir y delimitar una situación de la manera más precisa para ella a los fines de regir la vida social y todas sus implicancias. Pero las leyes, por la necesaria relación que siempre deberían tener con su época,[2] siempre van a ir *más allá* de la "voluntad del/la legislador/a", siempre van a enturbiarla (por exceso o por defecto), por lo que no puede verse en ninguna ley escrita una norma exacta, inequívoca y atemporal cuyo sentido se transmite de modo directo y/o axiomático.

Por caso, aunque el/la propio/a legislador/a plasmara de forma perfecta e inconfundible su voluntad (hipótesis que, insistimos, no es factible), el aspecto temporal de la existencia de la ley hace que su creación devenga, casi de manera inmediata y durante todo el lapso de duración de su vigencia (que bien puede abarcar siglos), en algo sujeto al cambio del mundo y de los seres humanos, lo que provoca que la voluntad original pueda (y *deba* en muchos casos) entenderse de otro modo, incluso por el mismísimo valor de la justicia que debe primar en toda regulación jurídica de un Estado de Derecho.

Llegados/as a este punto y comprendiendo la inmensa relevancia que este "entender" la ley cobra para la efectividad de esa propia ley, debemos centrarnos en el concepto de "interpretación" para luego comprender cómo funciona dentro del derecho.

El acto de *interpretar* es –según algunas de las acepciones del *Diccionario de la Real Academia– explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente de un texto*; y asimismo *concebir, ordenar o expresar de un modo personal la realidad*. En un sentido más profundo, podemos decir que interpretar es "en general, la posibilidad de referir un signo a su designado o también la operación mediante

2. Es importante aclarar que el derecho positivo (es decir, el derecho vigente, ya sea escrito o consuetudinario) siempre, en la enorme mayoría de las oportunidades, "llega tarde" a la realidad. Con esta expresión se quiere significar que, más allá de cualquier afán o apertura del derecho respecto a reglar las nuevas relaciones sociales que se van conformando (o las ya conocidas peo a la luz de nuevos principios jurídicos), su intervención generalmente es tardía, ya que se estructura a partir del acaecimiento de las situaciones empíricas.

la cual un sujeto (intérprete) refiere un signo a su objeto (designado)".[3] En otras palabras, interpretar es creer o entender que una cosa, circunstancia, relación, expresión o conducta X tiene efectivamente el significado o sentido que nosotros/as le damos. Por ejemplo, una afirmación del tipo "la democracia es el mejor sistema de gobierno" supone en quien afirma una interpretación de la teoría y la práctica política, del devenir histórico, de los valores que deben regir al mundo, etc., porque la democracia no es *objetivamente* el mejor sistema de gobierno; es decir, no tiene cualidades intrínsecas que *per se* la transformen en algo así como "la mejor forma de gobierno".

Existe una gran polémica en prácticamente todas las disciplinas intelectuales acerca de la definición, naturaleza y alcances de la interpretación; polémica que, al fin y al cabo, siempre intenta responder a interrogantes del tipo: ¿qué puedo interpretar? ¿Acaso todo lo que existe y ocurre es interpretable? ¿Existe una interpretación *legítima* a la que *habría que llegar*? ¿Cómo podría determinarse que una interpretación es más fidedigna o correcta que otra/s?[4]

Sin la ambición de responder a preguntas tan profundas y decisivas en estas líneas, resulta indudable que, de acuerdo a todo lo visto, la interpretación de los hechos, las conductas y los discursos humanos es una tarea inevitable y continua que realizamos, la mayoría de las veces sin tener conciencia de ello, y cuyos frutos resultan en lo que consideramos con términos tan abstractos y graves como "la realidad", "el mundo" o "la verdad". Ciertamente, la conciencia de que no existe un mundo *tal como es* sino un mundo *tal como lo interpreto* (en un plano individual o como miembro de una cultura, una época histórica, una religión, una coyuntura política concreta, etc.) genera en los seres humanos una situación, en principio, angustiosa,[5] que sin embargo es vital e inevitable en el desarrollo óptimo de los individuos y los pueblos.

3. N. Abbagnano, *Diccionario de Filosofía.* México, FCE, 1963, p. 708.

4. Resulta interesante para entender este punto cotejar este fragmento, extraído de C. Niemeyer, *Diccionario Nietzsche.* Madrid, Siglo XXI, 2012, entrada "Interpretación", p. 269: "La interpretación es el producto irrenunciable de la capacidad creadora del hombre, precisamente porque no es posible el conocimiento objetivo del mundo. 'En la acción de interpretar no se halla dado un mundo que sea objetivo o un reflejo fiel de la naturaleza, sino un mundo construido en primer lugar según la escala de la función interna de un esquema interpretativo que no puede evitarse' (Abel, 1998: 447). Sobre la base de este proceso interpretativo fundamental, *todo es también interpretación*: las teorías físicas (*JGB* 14) tanto como la historia (*NF* 1883, 22 [3]) o los fenómenos morales (*NF* 1882, 3 [1] 374). Las religiones son igualmente interpretación (*FWW* 353), así como la ciencia (*FWV* 373), cuya idea de las leyes naturales remite por lo demás a 'malas artes interpretativas' (*JGB* 22). Desde este trasfondo Nietzsche habla del 'carácter interpretativo de todo acontecer' (*NF* 1885-86, 1 [115])." El destacado nos pertenece.

5. Cuánto más sencillo y tranquilizador resultaría contar siempre con verdades inconmovibles objetivas a las cuales aferrarse para decidir nuestras conductas y pareceres.

Y así como no existe *una* realidad objetiva y perfectamente transparente a nuestro intelecto, tampoco existe, en lo que nos ocupa, un Derecho (en tanto conjunto finito de normas objetivadas a través de la escritura) entendible en toda su extensión y aplicable de modo mecánico, infalible, universal y eterno. Por lo tanto, la efectividad y aplicación de una ley depende de la interpretación, aunque fuera en un grado mínimo, que hagan de su contenido los sujetos concretos que se encuentran bajo su imperio.

La problemática que venimos presentando ha sido detectada, acaso desde el inicio de lo que podemos llamar legislación moderna, por los/as juristas y los/as legisladores/as encargados/as de crearlas. Esto generó dos grandes posturas respecto al modo en que debe ser redactada una ley. En primer lugar, la de quienes opinaron que la ley debe escribirse de la manera más simple y clara que sea posible, incluso utilizando expresiones que todo el pueblo (o la mayoría de él) pueda entender, entendiendo que la ley está precisamente destinada a todos/as los/as habitantes, tal como lo creyeron los/as seguidores/as de las teorías liberales que, dicho sea de paso, dominaron nuestro proceso de codificación del derecho en cuanto a la Constitución Nacional y el Código Civil. Enfrentada a esta postura surge la que considera que las leyes, por el contrario, deben redactarse en términos técnicos y precisos, sin que cobre relevancia el hecho de que sea más o menos fácil comprenderla. Esta postura puede identificarse con los positivismos en general y también tuvieron expresión en nuestra codificación, por ejemplo en el Código Penal.

Es evidente que en estas posturas está implicada, de modo más o menos explícito, la cuestión de la interpretación del derecho. En una y otra está presente, más allá de las diferencias que presentan, la temática acerca del entendimiento y el sentido de las normas, es decir, del proceso interpretativo que será necesario para "comprender" o "decir" lo que las leyes "dicen", para determinar a qué situaciones se refieren y con qué fin lo hacen.

Entre las definiciones de interpretación de la ley que pueden formularse resulta muy concisa y precisa la proporcionada por F. de Castro y Bravo: "determinar por los signos externos el mandato contenido en la norma".[6]

## 2. Diversas categorías de interpretación

La interpretación de la ley cuenta con diferentes sujetos (intérpretes) según los que se pueden distinguir distintas categorías de interpretación. Así, una primera

6. F. de Castro y Bravo, *Derecho Civil de España*. Madrid, Civitas, 1984, p. 446.

categoría se vincula con la interpretación de la ley que la mayoría de las personas realiza inevitablemente y de forma cotidiana. Esta es la *interpretación de los/as legos/as*, es decir, de la enorme mayoría de la sociedad que no tiene un conocimiento técnico y/o profundo del sistema normativo pero que sin embargo vive bajo el imperio de la ley y tiene de ella cierta comprensión o intuición.

Esta interpretación quizás resulta la más importante de todas, puesto que en definitiva las leyes están redactadas para todos/as los/as integrantes de una sociedad dada y la vigencia efectiva de las mismas depende en gran parte de la interpretación popular, no técnica ni deliberada, que la mayoría de las personas realiza. En tal sentido, resulta asombroso comprobar la interpretación de las normas que, en muchos aspectos o situaciones concretas, realizan las personas que no poseen un conocimiento estricto de la ley. Y aún más sorprendente resulta que esa interpretación sea, en la mayoría de los casos, acertada o correcta; que evidencie una noción intuitiva muy precisa de los objetivos y funciones de determinadas leyes, situación que posibilita a su vez que la enorme mayoría de situaciones sociales se desenvuelvan *en términos legales*. En este punto es interesante pensar la relación entre *el corpus jurídico en general* y cierto *sentido común* que actúa socialmente,[7] basado en pautas éticas, ideológicas y prácticas.

Cuando la interpretación de la ley es realizada, contrariamente a lo visto en los párrafos anteriores, por un grupo reducido de personas que están vinculadas directamente a la creación, estudio y aplicación de las normas jurídicas, nos encontramos con otros tipos o categorías de interpretación, más técnicas que intuitivas, que detallaremos en lo que sigue.

Cuando los sujetos que realizan la interpretación son los/as legisladores/as de un sistema jurídico-político, se habla de *interpretación legislativa, originaria y/o auténtica*. Esta modalidad de interpretación es exclusiva de quienes pueden redactar las leyes y se efectiviza, precisamente, a través de la creación de una ley que viene a aclarar lo confuso y/o ambiguo de una ley anterior.

Para comprender el concepto de interpretación auténtica es sumamente relevante distinguir la persona y las opiniones de los/as legisladores/as concretos/as, respecto a su labor como legisladores/as. Cuando un/a legislador/a opina públicamente sobre alguna cuestión relativa a la legislación (ya sea en un debate parlamentario, los medios de comunicación, etc.) no está realizando ninguna interpretación auténtica de la ley sino, simplemente, expresando sus convicciones como cualquier otro/a ciudadano/a. Sin perjuicio de que puede ser un elemento sustantivo para la interpretación considerar los debates en los Diarios de sesiones o versiones taquigráficas tanto de las Asambleas Constituyentes como de los

7. Por supuesto, esta relación opera únicamente de modo general; en cuanto se examina íntegramente el sistema jurídico surgen grietas de cohesión y el sentido común suele difuminarse.

debates parlamentarios. Sin embargo, la interpretación será auténtica únicamente cuando se materializa en la sanción de una nueva ley.

Otros de los sujetos relacionados en forma específica con el Derecho que realizan una interpretación particular del mismo son los/las que se dedican a estudiar el derecho en el plano académico. Así, los/as profesores/as y estudiantes de Derecho también realizamos un tipo específico de interpretación, llamada *propedéutica*[8] o *didáctica*. Esta variante interpretativa cuenta, naturalmente, con limitaciones que otras no poseen habida cuenta de que el nivel teórico y práctico en que se produce (generalmente introductorio) no habilita una interpretación demasiado profunda e incluso, lamentablemente, la imposibilita como resultado de los métodos educativos que se basan en la supuesta "transmisión objetiva"[9] de los datos objeto de estudio.

Estrechamente relacionada con la anterior, encontramos la llamada *interpretación doctrinaria* o *científica*, realizada precisamente por los/as doctrinarios/as del derecho, es decir, aquellos/as que estudian la ciencia o teoría jurídica de forma exhaustiva. Esta labor interpretativa es de principal trascendencia porque los/as doctrinarios/as, en tanto especialistas teóricos/as del derecho, son muchas veces quienes definen el sentido y la cohesión de las normas jurídicas.

La interpretación doctrinaria mantiene, respecto de la propedéutica, una relación de grado. Dicho de otro modo, la naturaleza de ambas interpretaciones es similar, ya que consta en investigar en la letra de la ley (y en el derecho

8. "*Propedéutica* (gr. προπαιδεία; ingl. *propaedeutics;* franc. *propédeutique*; alem. *Propadeutik;* ital. *propedéutica*): Enseñanza preparatoria. Así denominó Platón a la enseñanza de las ciencias especiales (aritmética, geometría, astronomía y música) con referencia a la dialéctica (*Rep.,* VII, 536 d). Y así se denomina también actualmente la parte introductoria de una ciencia o un curso de estudios preparatorios". En N. Abbagnano, *Diccionario de Filosofía*. México, FCE, 1963, p. 938.

9. Por supuesto, semejante teoría pedagógica trabaja sobre (y en busca de) un imposible: que la educación de las personas se constituya sobre la transmisión exacta y "neutra" de los datos fenoménicos o ideales-formales. En virtud de las innumerables comprobaciones científicas y culturales, podemos decir que cualquier modelo educativo que se base en la concepción aludida resulta, además de infructuoso, virtualmente insostenible. Por ejemplo, aun en casos tan aparentemente "simples" de transmitir como podría serlo la presentación del Preámbulo de la Constitución Nacional, la subjetividad de los/as integrantes de esa relación de enseñanza (aunque especialmente la de quien enseña o presenta el saber) puede determinar, siempre a modo de mero ejemplo, si dicho Preámbulo es o no una declamación de principios, si estuvo influenciado por las ideologías político-económicas de la época, si se trata de una serie de objetivos reales que han sido cumplidos o incumplidos, etc. Para graficar esta aclaración: aun en el caso en que la hipotética persona que posee el saber y pretende transmitirlo a otros/as simplemente leyera el Preámbulo en la clase o, más aún, si únicamente lo escribiera en una pizarra y no agregara ni una sola palabra o explicación, también se estaría transmitiendo algo más que la información bruta, un *plus* que anida incluso en lo no dicho si se consideran las condiciones espacio-temporales de dicha exposición.

comparado, la jurisprudencia, etc.) y en sus finalidades, el sentido genuino de las normas. Obviamente, la interpretación doctrinaria es más compleja y completa que la propedéutica, porque supone un conocimiento integral del derecho ya aprehendido y, de esta manera, realiza elucidaciones más particularizadas y concretas, llegando a todos los "rincones" del sistema jurídico, trabajando sobre hipótesis posibles, previendo de algún modo las consecuencias que una determinada normativa puede producir.

Siempre teniendo en cuenta a los sujetos que realizan la labor interpretativa, debemos adentrarnos en algunas formas de interpretación efectuada por aquellas personas que, en virtud de su profesión habitual, se encuentran en contacto con las situaciones sociales concretas en las que el derecho debe intervenir.

¿Cuál es la diferencia que presentan estas variantes de interpretación con las vistas en lo inmediatamente anterior? Pues que, a diferencia de aquellas, las personas que trabajan en la aplicación del derecho no tienen la oportunidad de realizar especulaciones teóricas o discurrir sobre hipótesis factibles sino que deben abocarse a interpretar las normas ante situaciones fácticas y urgentes. De este modo, los/as que realizan interpretaciones de las normas y situaciones concretas no se manejan tanto en un terreno *científico* como en un terreno *práctico*.

La *interpretación profesional* es aquella que realizan los/as abogados/as particulares que trabajan en una sociedad dada, regida por un sistema jurídico determinado. Por lo general, los/as abogados/as reciben casos respecto a situaciones fácticas y, en definitiva, lo que llamamos asistencia legal no es otra cosa que una interpretación casuística de las normas que atañen al caso.

Este tipo de interpretación se distingue por su *parcialidad*. Si bien, de acuerdo a lo que hemos visto, no existe interpretación "pura" o "neutra" del derecho, en este caso el interés desde el cual se interpreta (el interés legítimo de la parte representada) es más marcado, porque apunta a resultados perseguidos que no apelan a la imparcialidad o a la realización estricta de la justicia en ese caso particular. Es fundamental aclarar que esta interpretación no tiene nada de deficitaria o negativa (en el sentido ético del término) por resultar *interesada*. Los intereses de las partes siempre son legítimos en principio, y serán las normas, aplicadas por quienes tienen competencia para ello, las que definirán la suerte de sus intereses.

También conviene estipular respecto a esta interpretación realizada por abogados/as que no necesariamente resulta parcial en todos los casos, ya que, por ejemplo, cuando un/a abogado/a recibe en su estudio a un/a cliente/a y goza, entonces, de la privacidad necesaria en la primera consulta, seguramente dará a ese/a cliente/a una interpretación más cercana a la de un/a juez/a a los fines de prever cuál sería el tratamiento del caso si llegara a alguna instancia judicial.

La *interpretación judicial*, por su parte, es aquella que realizan los/as jueces/zas de la Nación, sea cual fuere la instancia en que actúan, y representa la

interpretación más importante si se consideran las consecuencias concretas de la misma. Es importante notar que esta es la única interpretación que genera *obligatoriedad* para las personas que caen bajo la órbita de esa labor interpretativa.

En relación con la *interpretación profesional*, debemos decir que la *judicial* se supone *imparcial* porque la propia figura del/la juez/a se concibe como neutral o ecuánime. Esta imparcialidad (siempre limitada, por supuesto) convierte a la figura judicial en la que realiza la interpretación por excelencia. Pero debe tenerse cuidado con esta concepción porque propicia un reduccionismo falaz que consagra a la interpretación judicial como la única, o al menos como la única relevante, aseveración que de ningún modo es cierta, no solo porque existen otros/as intérpretes (tal como se ha visto) sino porque esas otras interpretaciones también conforman y condicionan muchas veces las tareas interpretativas que luego desarrollarán los/as jueces/zas.

Asimismo cabe mencionar la necesidad de incorporar en la interpretación de la normas las *perspectivas de género, de derechos humanos y ambiental.* Durante muchos siglos, en el derecho como forma de perpetuación del *statu quo* han prevalecido criterios interpretativos sexistas o misóginos, discriminatorios, violatorios de los principios de Derechos Humanos y ambientales. Lenta e irreversiblemente los movimientos sociales y políticos transformadores (movimientos feminista, de DDHH, ecologista, LGBTTI, animalista, entre otros) hemos permeado los espacios académicos, legiferantes y judiciales y estamos cuestionando, problematizando y revirtiendo las interpretaciones hegemónicas.[10]

### *2.1. Métodos de interpretación*

Luego de haber pasado revista a quiénes son las diferentes personas que dentro de una sociedad realizan interpretaciones de la ley y asimismo cómo se desarrollan esas interpretaciones, es tiempo de estudiar los diferentes métodos[11] de interpretación de la ley, métodos que responden a la pregunta *¿cómo se interpreta una ley determinada*?

*Interpretación exegética o literal*: el primer método de interpretación que debemos abordar es aquel cuya labor debe ceñirse a la interpretación literal de

10. Alda Facio Montejo, *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. 1ª ed., San José, C. R., ILANUD, 1992.
11. Método (lat. *methodus;* ingl. *method;* franc. *méthode;* alem. *Methode;* ital. *metodo*). El término tiene dos significados fundamentales: *1)* toda investigación u orientación de la investigación; *2)* una particular técnica de investigación. El primer significado no se distingue del de "investigación" o "doctrina". El segundo significado es más restringido e indica un procedimiento de investigación ordenado, repetible y autocorregible, que garantiza la obtención de resultados válidos. En N. Abbagnano, *Diccionario de Filosofía*. México, FCE, 1963, p. 802.

la letra de la ley. Para comprender este método es necesario en primer lugar comprender el contexto de época en el cual se produce.

En tal sentido, la aparición del derecho codificado en el siglo XIX, en virtud de la sistematicidad y, especialmente, de la monumentalidad de los corpus jurídicos, generó un respeto tal hacia la letra de esos "monstruos normativos" que la única manera de interpretación legitimada consistía, precisamente, en indagar sobre la letra de ley, es decir, en una dimensión *literal*.

Este método acarrea, como primera consecuencia, un apego forzoso de los/as intérpretes (principalmente jueces/zas) a la letra de la ley, como si estas palabras conformaran un corpus sagrado, ordenado por una especie de dios laico (el/la codificador/a), y cuyo sentido no podría obtenerse sino a través de la lectura rigurosa de esa propia normativa.

La caracterización de *exegético* para este método señala los parentescos con la forma de interpretación que consagraron las religiones dogmáticas, es decir, aquellas fundamentadas en un Libro Sagrado (Biblia, Torá, Corán). Naturalmente, y habida cuenta de que las religiones giran en torno a verdades reveladas y que, por tanto, no pueden objetarse, este método debe limitarse siempre a la aplicación de las leyes en el respeto total, reverencial, a su letra. Es decir: sin tener en cuenta ningún contexto o cohesión de las propias normas. A esta labor se la conoce como *exégesis*, y de allí tomó su nombre la escuela que defendió este método interpretativo para el derecho. Como ejemplo, pueden tomarse todas las escuelas que operaron a continuación de las primeras codificaciones modernas, tales como el Código Napoleón o, en nuestro país, el Código Civil de la Nación.

Este método interpretativo cuenta, por supuesto, con enormes limitaciones. De acuerdo a lo visto en este mismo capítulo, la idea de un lenguaje legal transparente y unívoco es un imposible y, por lo tanto, una interpretación basada únicamente en la letra de una ley escrita, insuficiente y deficitaria. La ley, más allá de su enorme relevancia, no puede cobrar atributos dogmáticos sin perder apego a la realidad esencialmente dinámica de la marcha del mundo y las relaciones sociales. La ley siempre debe ser revisada, evaluada y criticada en un marco de relativa libertad, sin ninguna trascendencia sagrada que haga las veces de malla contenedora para la interpretación.

La pretensión, por ejemplo, de que cada una de las palabras volcadas por Vélez Sarsfield en el Código Civil sea precisa, eterna e inequívoca constituye no solo un error sino un verdadero peligro en tanto estrecha todas las posibilidades de avance del derecho en virtud de la evolución de la sociedad argentina y del mundo ya referida.

Cabe aclarar que, en el marco de este método, cuando la letra de la ley no bastaba a una interpretación cabal para su correcta aplicación, se recurría al llamado

*espíritu de la ley*,[12] es decir, al conjunto de principios rectores trascendentes (como la equidad por ejemplo) que debían subyacer a las codificaciones normativas.

Esta idea se vincula fuertemente con otro concepto que da nombre al segundo método de interpretación que veremos, aquel que se basa en *la voluntad del/la legislador/a*, también conocido como *método histórico*. Efectivamente, si existen principios trascendentes que estarían fundamentando de modo coherente y omnicomprensivo las normas escritas, es el/la legislador/a quien los estipula. Esto quiere decir que ese/a legislador/a, al reglar sobre un tema o situación determinada, tiene la *voluntad* de plasmar algún principio subyacente que haga legítima y justa a la norma. Pues bien, para este método interpretativo, es esa voluntad (que, cabe aclarar, se evidencia en el proyecto jurídico integral) la que se debe "buscar" o "indagar" para comprender el verdadero sentido de la ley.

Un rasgo central de este método es la *operación temporal* que supone, ya que el/la intérprete de turno debe situarse como si estuviera en el momento en que la ley fue redactada. ¿Cuál son las consecuencias de esto? En principio, se deriva una tendencia peligrosa: la de transformar el derecho en algo estático, porque en definitiva, si se practica ese ejercicio de retrotracción, siempre se vuelve al tiempo en que la ley fue redactada, sin cuestionar entonces el propio desfasaje temporal, el cambio de las circunstancias mundanas y jurídicas, etc. Puede aparecer así (no de manera forzosa, vale aclararlo) un sesgo conservador en este tipo de interpretación, que a su vez puede ser utilizado por aquellos sectores (o regímenes) políticos que bregan por el orden tradicional de una sociedad y repelen cualquier posibilidad de cambio.

Relacionado con los métodos anteriores, en tanto también se configura a partir del respeto a la letra de la norma y a la voluntad de los/as legisladores/as, encontramos el método de interpretación basado en la *analogía*. Este procedimiento tiene lugar cuando el/la intérprete no encuentra en un sistema jurídico dado al menos una norma que se aplique a la situación sobre la cual debe decidirse. En tal caso, se buscan *otras normas* del mismo sistema jurídico que, por dar respuesta a situaciones hipotéticas similares, posiblemente puedan aplicarse al caso irresuelto.

Este procedimiento de interpretación tiene, al igual que los demás, sus claras limitaciones y sus riesgos. El principal de estos riesgos es la efectividad o procedencia de la analogía que se realiza, ya que el mero hecho de comparar situaciones fácticas ya supone una complejidad muchas veces pasada por alto. No obstante, la interpretación por analogía ha permitido muchos avances de la normativa de acuerdo con el desarrollo histórico porque ante la aparición de nuevas coyunturas

12. Expresión acuñada y popularizada por el pensador francés Montesquieu, célebre teórico de la división de poderes dentro de un Estado moderno, y cuyo libro más reconocido se titula, justamente*, El espíritu de las leyes*.

(políticas, tecnológicas, científicas, etc.), las normas ya establecidas en un sentido análogo pueden servir para regularlas.

Otro método de interpretación es aquel que recurre a los llamados *principios generales del derecho*, es decir, a las posturas y objetivos más generales implicados en la redacción de una ley determinada. Estos principios generales, si bien resultan imprecisos, aluden por un lado a los derechos primordiales de los que gozan los seres humanos (a la vida, libertad, integridad física, salud, etc.) y por otro a los principios jurídicos que se suponen a la base de toda normativa (la buena fe en el actuar, la equidad en las relaciones, etc.).

Esta técnica de interpretación puede ser de gran provecho porque, muchas veces, ante alguna laguna del derecho, puede suplir a la siempre complicada redacción de normas nuevas que regulen en ese hueco legal. En efecto, si existen principios generales lo suficientemente fuertes, muchas de las nuevas situaciones a reglar pueden interpretarse a la luz de esos principios. Pensemos por ejemplo en el derecho de propiedad intelectual, tradicionalmente aplicado a las obras escritas o registradas bajo un formato físico, y que sin embargo sirvió de principio general para determinar la propiedad intelectual sobre los nuevos formatos de expresión, claramente diversificados a partir del desarrollo informático.

Opuesto al método histórico, y crítico de él, el *método sociológico de interpretación* plantea cierto desapego del "reinado" de la literalidad normativa o de la voluntad que el/la legislador/a habría tenido al actuar, para interpretarlas a la luz de los cambios socio-culturales.

Esta postura combate el quietismo o conservadurismo del método histórico que, como ya sabemos, retrotraía la interpretación a la coyuntura en que fue redactada la norma, generando de esta manera una visión del derecho como algo estático. Por el contrario, subyace a este método una concepción del mundo, de la sociedad y, por ende, del derecho como algo dinámico, siempre cambiante.

El método sociológico también desacraliza al derecho mismo como fuente exclusiva para su evolución; por el contrario, este método incluye entre sus fuentes todo tipo de expresiones no-jurídicas como la literatura, el arte, el pensamiento, el periodismo, etc. Esta inclusión es fruto de una concepción del mundo, de la sociedad y de la cultura que debe conocerse cabal y continuamente a través de las expresiones que puedan aportar a ese conocimiento, sin desmerecer en principio a ninguna y sin marcar tajantes gradaciones jerárquicas entre ellas.

Entre los riesgos que acarrea este método, debemos hacer hincapié en que la libertad de interpretación que supone puede derivar en una interpretación absolutamente arbitraria, de acuerdo al sentir y la ideología de los/as jueces/zas que interpretan.

Por último, entre los métodos de interpretación debe hacerse referencia al *método ecléctico*, que básicamente pretende que el/la intérprete en cuestión pueda

recurrir a todos o varios de los métodos de interpretación, ya sea alternativamente o en combinación.

## Bibliografía y textos recomendados para ejercicios y trabajos prácticos


Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos: "Tres concepciones de democracia constitucional", Centro de Estudios Institucionales (mimeo).

Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales.* 2ª Edición. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Dahl, Robert: *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?* Buenos Aires, FCE, 2003.

De Sousa Santos, Boaventura: *Derecho y emancipación.* 1ª reimpresión. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Nº2). Disponible en http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Derecho%20y%20Emancipaci%C3%B3n.pdf

— *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho.* Madrid, Editorial Trotta, 2009.

Dworkin, Ronald: *El Imperio de la Justicia.* Trad. Claudia Ferrari. 2ª reimpresión. Barcelona, Gedisa, 2005

— *Law's Empire*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986.

— *Los Derechos en serio***.** Trad. Marta Guastavino. Barcelona, Ariel, 2010, pp. 146-208.

Ely, John H.: *Democracia y Desconfianza: una teoría del control constitucional*. Trad. Magdalena Holguín. Bogotá, Universidad de los Andes Facultad de derecho, 1997.

Facio Montejo, Alda: *Cuando el g***é***nero suena cambios trae (una metodolog***í***a para el an***á***lisis de g***é***nero del fen***ó***meno legal)*. 1a. ed., San José, C.R., ILANUD, 1992.

Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal***,** Madrid, Trotta, 1995. Disponible en: http://www.educacion-holistica.org/notepad/documentos/Derecho%20y%20legislacion/Libros/Derecho%20Y%20Razon%20Teoria%20Del%20Garantismo%20Penal.pdf. Consultado el 11 de octubre de 2017.

Fiss, Owen: *El derecho como razón pública.* Trad. E. Restrepo. Madrid-Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

Lorenzetti, Ricardo Luis: *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho***.** Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006.

Mangabeira Unger, Roberto: *O Direito e o Futuro da Democracia*. (Brasil), Boitempo Editorial, 2004.

Marmor, Andrei: *Interpretación y Teoría del Derecho.* Barcelona, Gedisa, 2012.
Nino, Carlos Santiago: *Fundamentos de Derecho Constitucional.* Buenos Aires, Astrea, 2012.
— *La Constitución de la democracia deliberativa*. Trad. Roberto Saba. Barcelona, Editorial Gedisa, 2003.
Tushnet, Mark: *Taking the Constitution away from the Courts.* Nueva Jersey, Princeton University Press, 1999.
— *Weak Courts, Strong Rights.* Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008.
Waldron, Jeremy: *Derechos y desacuerdos*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2003, especialmente pp. 325-420.

# Capítulo IV
# El derecho constitucional. Constitucionalismo y constitución

*Virginia Giménez*

## I. Introducción. Concepto de constitución

Aquí en Argentina, como en muchos países, se ha vuelto común para nosotros hablar de la Constitución Nacional o de la Ley Suprema. Los recientes debates sobre la reforma de la justicia o la sanción de la Ley de medios de comunicación audiovisual, por su amplia repercusión pública, hicieron que todos nosotros nos enfrentáramos diariamente a consideraciones sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esas leyes, el rol del poder judicial, etc. Sin embargo, ¿sabemos lo que es una Constitución? ¿Y sabemos lo que es la inconstitucionalidad de una norma?

Para introducirnos en tema daremos una primera definición de *Constitución* y diremos que se trata de un instrumento que corresponde a la organización moderna del estado y mediante el cual se expresan fundamentalmente las relaciones de poder en la sociedad en un determinado momento, valiéndose para ello de la formalización jurídica que todo acto de derecho contiene. La Constitución formaliza a nivel jurídico aspectos centrales de la vida político-social tales como la organización de las relaciones socioeconómicas básicas, la organización del Estado y el territorio, los derechos y garantías personales, etc.[1]

La doctrina distingue entre la *constitución formal*, entendida como el texto escrito, codificado o no, que posee la supremacía que otorga validez a todo el resto del ordenamiento jurídico infraconstitucional, es decir, el que se encuentra por debajo de ella. Para nuestro país, la Constitución formal es nuestra Constitución Nacional, compuesta de 129 artículos.[2]

Luego, podemos identificar una constitución material, entendida como un amplio conjunto de normas legales, de jurisprudencia constitucional y de

1. Marcial Rubio y Enrique Bernales, *Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda Editores. Segunda edición, 1983, p. 11.
2. Ricardo Haro, *Curso de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Córdoba, Ed. Advocatus, 2003.

comportamientos institucionales de hecho, referidos a la materia constitucional, es decir, relacionados con la organización y funcionamiento del Estado y los derechos y garantías de quienes habitan ese estado.[3]

Viviendo en un estado constitucional de derecho podemos estar muy familiarizados con la idea de una Constitución; lo cierto es que su existencia, como concepto, como instrumento y como forma de organización del Estado es el resultado de luchas y transformaciones sociales que aquí reseñaremos brevemente.

## II. El origen del constitucionalismo. El constitucionalismo clásico

Explica Patricia Mora que en la época preconstitucional el fundamento del poder se radicó en un principio de desigualdad tanto de hecho como de derecho, conforme al cual unos hombres por naturaleza nacían para gobernar y otros para ser gobernados. La máxima expresión de esta fundamentación del poder se alcanza con la implantación en Europa de monarquías absolutas de derecho divino, donde el monarca no solo ejercía un poder absoluto, sino que la legitimación de su poder residía en que le había sido concedido por Dios, generando una relación en la que el monarca nada debía al pueblo pero podía exigir todo de él. Bajo esta forma de gobierno, el monarca es quien reúne en su persona el poder de juzgar, dictar las leyes y administrar los recursos del reino.[4]

En respuesta a este poder absoluto, ejercido comúnmente de manera despótica, se produce en la Inglaterra del siglo XVII el surgimiento de una corriente de pensamiento y acción filosófica política a la que denominamos constitucionalismo y calificamos como clásico o liberal. Esta corriente impulsa que los Estados estén regidos no ya por la voluntad del rey sino por una Constitución contentiva de los principios básicos de la Democracia liberal, pretende imponer un gobierno limitado con el propósito de asegurar y proteger derechos individuales o derechos de autonomía, para lo cual se establece como dispositivo esencial la división de poderes y se afirma la dignidad e igualdad de la persona humana.[5]

Si bien desde el siglo XIII podemos encontrar hechos que dan cuenta de intentos de limitación del poder del monarca mediante su sometimiento a normas que podríamos identificar como "constitucionales",[6] el nacimiento y

3. *Ibidem*.
4. Patricia Mora, "El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso", en *Via Iuris*, ISSN 1909 - 57 59, Número 9, Julio -Diciembre 2009, pp. 45-59.
5. Ricardo Haro, *op. cit*.
6. Podemos nombrar aquí la Carta Magna inglesa de 1215 que reconoce el poder del parlamento frente al monarca, la prohibición de arrestar o poner en prisión a ningún súbdito

consolidación del derecho constitucional clásico se vincula con tres importantes hechos históricos:

*1. Las revoluciones inglesas en el período 1647-1688.* En estos años fueron elaborados y promulgados sendos documentos que establecían derechos inalienables de la Nación por encima de las leyes que pudiera dictar el propio parlamento y por sobre la voluntad del rey. Este proceso revolucionario alcanza su punto cúlmine en 1688, con el establecimiento de la monarquía constitucional como forma de gobierno y organización del estado, quedando definitivamente el poder del rey limitado por el parlamento y por los tribunales independientes. Paradójicamente, el Reino Unido, donde las primeras semillas del Derecho Constitucional fueron sembradas, es aún hoy un Estado que no cuenta con una Constitución escrita, siendo su constitución netamente material.

*2. El proceso independentista de los Estados Unidos de Norteamérica.* Si bien se trata de hechos cronológicamente posteriores, la revolución norteamericana y el proceso que llevó a la sanción de la Constitución de Virginia, la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos y la sanción de la constitución en 1787 constituye, sin lugar a dudas, el hito más relevante del constitucionalismo clásico o liberal. Así, la Constitución de Virginia de 1776 es un documento escrito que consagra la división de poderes, las elecciones libres, y contiene una declaración de derechos civiles y políticos. El artículo 1° de esta Constitución nos permitirá percibir las ideas que la impulsan:

> Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y poseen ciertos derechos inherentes a su persona, de los que, cuando entran a formar parte de una sociedad, no pueden ser privados por ningún convenio, a saber: el goce de la vida y libertad y los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y conseguir la felicidad y la seguridad.

En el mismo año, la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos consagra el derecho del pueblo y la igualdad entre los hombres. Por último, la Constitución de los Estados Unidos, sancionada en 1787, consagró la supremacía de la constitución por sobre todo el ordenamiento jurídico en su artículo 6°, al establecer:

> Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la

sin juicio previo, etc. También incluiremos en estos antecedentes del derecho constitucional clásico a los llamados Fueros españoles, que establecían límites al poder del monarca, o las leyes fundamentales francesas que establecían principios que regían en el reino y ni siquiera el propio rey podía dejar sin efecto.

autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

*3. La Revolución Francesa de 1789.* El tercer hecho de suma relevancia para la propagación y consagración del derecho constitucional y las constituciones escritas como forma de organización del estado está dado por la Revolución Francesa de 1789 y su Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano que en su artículo 16 establece que toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución. Su artículo 2° a su vez establece que la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

De las descripciones que hemos dado sobre el constitucionalismo clásico podemos extraer los principios que lo rigen:

- La existencia de una Constitución formulada en un texto escrito, solemnemente proclamado y rígido.
- La Constitución es la Ley suprema, fuente última de validez de todo el ordenamiento jurídico (supremacía constitucional).
- Surgimiento del Estado de Derecho, es decir, el poder del soberano o monarca se ve limitado por la ley.
- Poder dividido y equilibrado, repartido entre el Poder Legislativo (expresión de la voluntad popular), Poder Ejecutivo y Poder Judicial.
- La organización política tiene como finalidad la protección de la libertad, seguridad y propiedad.
- La organización política se asienta en los principios de la existencia de derechos y garantías individuales y la división y equilibrio de los poderes.
- Se consagran derechos civiles y políticos, estableciendo garantías para su protección.
- Se sostiene la primacía del individuo y el ciudadano.

Para comprender plenamente el fenómeno del constitucionalismo clásico, y los motivos de su posterior crisis, debemos recordar que las revoluciones que enumeramos más arriba son impulsadas y protagonizadas por la sociedad burguesa de su tiempo.

No son revoluciones impulsadas por los sectores más vulnerables de la sociedad, sino por comerciantes y artesanos que veían perjudicada su actividad

económica por los abusos del monarca y su constante injerencia en sus asuntos privados, particularmente los económicos.

Por ese motivo, consagra derechos que se han de ejercer frente o contra el estado. El sujeto pasivo, el sujeto obligado de estos derechos, es el estado, y la obligación a cumplir es la omisión; el estado debe abstenerse de violar estos derechos, pero también de impedir su goce o interferir en su ejercicio. Por tal motivo, el constitucionalismo clásico diseña un estado abstencionista o no intervencionista.

## III. La crisis del constitucionalismo clásico. La evolución hacia un constitucionalismo social

El sesgo individualista del constitucionalismo clásico se demostró insuficiente para atender las problemáticas propias del proceso de migración de grandes masas de campesinos a las ciudades que surgió alrededor del fenómeno de la Revolución Industrial. Este desplazamiento masivo, la implementación de la máquina a vapor, el surgimiento de grandes fábricas y las explotaciones y abusos a que eran sometidos varones, mujeres y niños en pos de la producción demostraron que la mano invisible del mercado lejos de regular las relaciones entre individuos daba lugar a todo tipo de abusos.

Se hace evidente entonces que el Estado de derecho liberal propiciado por la burguesía no podía dar respuesta a la cuestión social, en un marco caracterizado por la desigualdad social.

Las nuevas masas de trabajadores y los abusos del capitalismo obligan al surgimiento de la llamada "cuestión social", que responsabiliza al Estado no solo por la defensa de los derechos individuales como la libertad y la igualdad formal sino también por la garantía y promoción de la justicia social. Ya no es suficiente que el Estado de abstenga de actuar en violación a los derechos de los ciudadanos sino que resulta necesario que el Estado participe activamente para lograr que todos puedan disfrutar sus derechos en igualdad real de oportunidades.

Así como las ideas de los revolucionarios franceses y estadounidenses impulsaron la implementación de constituciones liberales, el impulso detrás del constitucionalismo social se origina, por un lado, en las teorías de Engels y Marx con su *Manifiesto Comunista*, quienes declaran esencial la modificación del Estado (e incluso su posterior abolición), al que ven como un elemento de opresión de la burguesía, y dejan sentada su teoría respecto a la existencia de una lucha de clases producto de los cambios producidos por la burguesía en los modos y las relaciones de producción que determinaba la existencia de dos clases, los propietarios de los bienes de producción y la clase de los trabajadores.

Algunos párrafos del Manifiesto pueden explicar cabalmente la crisis del constitucionalismo clásico:

> La burguesía, como vemos, es también producto de un largo desenvolvimiento, de una serie de revoluciones en los medios de producción y de comunicación. Cada etapa de la evolución recorrida por la burguesía ha estado acompañada de un progreso político correspondiente. Clase oprimida por el despotismo feudal; Asociación armada gobernándose a sí misma en el Municipio; en unos sitios, República municipal; en otros, tercer estado contributivo de la Monarquía; después, durante el período manufacturero, contrapeso de la nobleza en las Monarquías limitadas o absolutas, piedra angular de las grandes Monarquías, la burguesía, después del establecimiento de la gran industria y del mercado universal, se apodera finalmente del Poder político –con exclusión de las otras clases– en el Estado representativo moderno. El Gobierno moderno no es sino un Comité administrativo de los negocios de la clase burguesa. La burguesía ha ejercido en la Historia una acción esencialmente revolucionaria. Allí donde ha conquistado el Poder ha pisoteado las relaciones feudales, patriarcales e idílicas. Todas las ligaduras multicolores que unían el hombre feudal a sus superiores naturales las ha quebrantado sin piedad para no dejar subsistir otro vínculo entre hombre y hombre que el frío interés, el duro pago al contado. Ha ahogado el éxtasis religioso, el entusiasmo caballeresco, el sentimentalismo del pequeño burgués en las aguas heladas del cálculo egoísta. Ha hecho de la dignidad personal un simple valor de cambio. Ha sustituido las numerosas libertades, tan dolorosamente conquistadas, con la única e implacable libertad de comercio. En una palabra, en lugar de la explotación velada por ilusiones religiosas y políticas, ha establecido una explotación abierta, directa, brutal y descarada.
>
> Con el desenvolvimiento de la burguesía, es decir, del capital, se desarrolla el proletariado, la clase de los obreros modernos, que no viven sino a condición de encontrar trabajo y que no lo encuentran si su trabajo no acrecienta el capital. Estos obreros, obligados a venderse diariamente, son una mercancía como cualquier artículo de comercio; sufren, por consecuencia, todas las vicisitudes de la competencia, todas las fluctuaciones del mercado.
>
> La industria moderna ha transformado el pequeño taller patriarcal en la gran fábrica del burgués capitalista. Masas de obreros, amontonados en la fábrica, están organizados militarmente. Son como simples soldados de la industria, colocados bajo la vigilancia de una jerarquía completa de oficiales y suboficiales. No son solamente esclavos de la clase burguesa, del Estado burgués, sino diariamente, a todas horas, esclavos de la máquina, del contramaestre y sobre todo del mismo dueño de la fábrica. Cuanto más claramente proclama

> este despotismo la ganancia como fin único, más mezquino, odioso y exasperante resulta. Cuanto menos habilidad y fuerza requiere el trabajo, es decir, cuanto más progresa la industria moderna, con mayor facilidad es suplantado el trabajo de los hombres por el de las mujeres y los niños. Las distinciones de edad y sexo no tienen importancia social para la clase obrera. No hay más que instrumentos de trabajo, cuyo precio varía según la edad y el sexo. Una vez que el obrero ha sufrido la explotación del fabricante y ha recibido su salario en metálico, se convierte en víctima de otros elementos de la burguesía: casero, tendero, prestamista, etc.[7]

Las teorías socialistas de Marx y Engels se desarrollan el paralelo con otra corriente ideológica que también impulsa el surgimiento del constitucionalismo social: la doctrina social de la iglesia católica consagrada en la encíclica Rerum Novarum del año 1891. Esta doctrina se diferencia de la teoría socialista en que condena la lucha de clases, sosteniendo que ricos y trabajadores se necesitan mutuamente pues sin trabajo no puede haber capital y sin capital no puede haber trabajo. Esta doctrina otorga un rol al estado en concretar el bienestar general y establece los derechos fundamentales de remuneración suficiente, limitación de la jornada, descanso y vacaciones pagos, asociación gremial, etc.

Veamos el contraste en este pequeño extracto de la encíclica:

> Es mal capital, en la cuestión que estamos tratando, suponer que una clase social sea espont*á*neamente enemiga de la otra, como si la naturaleza hubiera dispuesto a los ricos y a los pobres para combatirse mutuamente en un perpetuo duelo. Es esto tan ajeno a la razón y a la verdad, que, por el contrario, es lo más cierto que como en el cuerpo se ensamblan entre sí miembros diversos, de donde surge aquella proporcionada disposición que justamente podríase llamar armonía, así ha dispuesto la naturaleza que, en la sociedad humana, dichas clases gemelas concuerden armónicamente y se ajusten para lograr el equilibrio. Ambas se necesitan en absoluto: ni el capital puede subsistir sin el trabajo, ni el trabajo sin el capital. El acuerdo engendra la belleza y el orden de las cosas; por el contrario, de la persistencia de la lucha tiene que derivarse necesariamente la confusión juntamente con un bárbaro salvajismo.
>
> Y estos, los deberes de los ricos y patronos: no considerar a los obreros como esclavos; respetar en ellos, como es justo, la dignidad de la persona, sobre todo ennoblecida por lo que se llama el carácter cristiano. Que los trabajos remunerados, si se atiende a la naturaleza y a la filosofía

7. Carlos Marx y Federico Engels, *Manifiesto Comunista*, Ediciones El Aleph, 2000.

> cristiana, no son vergonzosos para el hombre, sino de mucha honra, en cuanto dan honesta posibilidad de ganarse la vida. Que lo realmente vergonzoso e inhumano es abusar de los hombres como de cosas de lucro y no estimarlos en más que cuanto sus nervios y músculos pueden dar de sí. E igualmente se manda que se tengan en cuenta las exigencias de la religión y los bienes de las almas de los proletarios. Por lo cual es obligación de los patronos disponer que el obrero tenga un espacio de tiempo idóneo para atender a la piedad, no exponer al hombre a los halagos de la corrupción y a las ocasiones de pecar y no apartarlo en modo alguno de sus atenciones domésticas y de la afición al ahorro. Tampoco debe imponérseles más trabajo del que puedan soportar sus fuerzas, ni de una clase que no esté conforme con su edad y su sexo. Pero entre los primordiales deberes de los patronos se destaca el de dar a cada uno lo que sea justo. Cierto es que para establecer la medida del salario con justicia hay que considerar muchas razones; pero, generalmente, tengan presente los ricos y los patronos que oprimir para su lucro a los necesitados y a los desvalidos y buscar su ganancia en la pobreza ajena no lo permiten ni las leyes divinas ni las humanas. Y defraudar a alguien en el salario debido es un gran crimen, que llama a voces las iras vengadoras del cielo. "He aquí que el salario de los obreros […] que fue defraudado por vosotras, clama; y el clamor de ellos ha llegado a los oídos del Dios de los ejércitos".[8]

Es claro que el sistema capitalista no fue derrotado en la revolución del proletariado, surgiendo una nueva estructura constitucional que parece reflejar el intento de controlar los abusos del capital, antes que reemplazarlo por otro sistema.

Es importante entonces destacar que el Constitucionalismo social no reemplaza o desplaza al Constitucionalismo clásico sino que lo complementa, equilibrando su exacerbado individualismo con criterios de solidaridad. Resumamos, ahora sí, los principios que atraviesan el constitucionalismo social:

- Junto a la libertad, propiedad y seguridad se afirman los valores de la justicia y solidaridad.
- Por sobre el individuo aislado emerge el hombre situado, el individuo integrado en toda la realidad social.
- Entre el Estado y el individuo aparecen distintos agrupamientos sociales (grupos de presión o de interés, entre los que podemos destacar las asociaciones de trabajadores).

8. Carta encíclica *Rerum Novarum* del sumo pontífice León XIII sobre la situación de los obreros.

- Surge un nuevo estado, llamado social de derecho o estado de bienestar.
- Se acrecienta el rol del Poder Ejecutivo como impulsor del gobierno, ya que no se encuentra sujeto a los tiempos de deliberación propios del Poder Ejecutivo para dar respuesta a las problemáticas planteadas.
- El Estado es intervencionista, se pone fin a la plena libertad de las relaciones económicas y se la sustituye por la libertad solidaria, mediante planificación democrática y participativa.
- Se consagran derechos sociales, que complementan a los derechos individuales y políticos ya consagrados. Por ejemplo, se establece el derecho a gozar de vacaciones pagas, jornada limitada de trabajo, se regula el trabajo de la mujer y niños, se establece el derecho de la seguridad social, etc.

Fueron reflejo de este nuevo paradigma las constituciones de México de 1917, el texto redactado por Hans Kelsen para Austria en 1920, las constituciones de Cuba y Paraguay de 1940, entre otras.

¿En qué paradigma podemos ubicar a nuestro propio texto constitucional? Claramente, nuestra constitución de 1853-1860 responde al impulso del constitucionalismo clásico, al punto tal que su texto es muy similar al de la constitución de los Estados Unidos. Así, es clara la preponderancia de normas que consagran derechos de la libertad, como la libertad de prensa, el derecho de propiedad, el derecho a la intimidad, etc.

Pero nuestro país, y nuestra Constitución Nacional, no permanecieron ajenos al impulso del constitucionalismo social.

Es importante recordar que en nuestro país los sectores populares lograron un avance importante en el reconocimiento de los derechos fundamentales al imponer, a partir de 1945, sucesivas reformas constitucionales, legislativas y de comportamientos administrativos, orientados por un sentido de justicia social. Los trabajadores alcanzaron niveles importantes de participación política, económica y social, tanto en las organizaciones de la sociedad como en su capacidad de influir en la toma de decisiones del estado.

Este proceso fue plasmado en un nuevo texto constitucional aprobado en el año 1949, durante la primera presidencia de Juan Domingo Perón, que a su vez permitió la institucionalización de los derechos de los trabajadores. Los grupos económicos y sociales tradicionales habían aceptado limitar su poder frente al avance de la clase obrera que alcanzaba paulatinamente la ciudadanía y la extensión de los derechos sociales.[9]

El reconocimiento de los "nuevos derechos" fue la manifestación institucional del avance de las luchas populares por una mayor igualdad.

9. Horacio González, *Estado de no derecho. Emergencia y Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Colección Tesis doctorales, 2007.

Veamos algunos de los derechos consagrados en aquel texto que reflejan los avances de su época. Se consagraban de esta manera los derechos del trabajador:

1. Derecho de trabajar. El trabajo es el medio indispensable para satisfacer las necesidades espirituales y materiales del individuo y de la comunidad, la causa de todas las conquistas de la civilización y el fundamento de la prosperidad general; de ahí que el derecho de trabajar debe ser protegido por la sociedad, considerándolo con la dignidad que merece y proveyendo ocupación a quien la necesite.

2. Derecho a una retribución justa. Siendo la riqueza, la renta y el interés del capital frutos exclusivos del trabajo humano, la comunidad deber organizar y reactivar las fuentes de producción en forma de posibilitar y garantizar al trabajador una retribución moral y material que satisfaga sus necesidades vitales y sea compensatoria del rendimiento obtenido y del esfuerzo realizado.

6. Derecho al bienestar. El derecho de los trabajadores al bienestar, cuya expresión mínima se concreta en la posibilidad de disponer de vivienda, indumentaria y alimentación adecuadas, de satisfacer sin angustias sus necesidades y las de su familia en forma que les permita trabajar con satisfacción, descansar libres de preocupaciones y gozar mesuradamente de expansiones espirituales y materiales, impone la necesidad social de elevar el nivel de vida y de trabajo con los recursos directos e indirectos que permita el desenvolvimiento económico.

Art. 39. El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino.

Art. 40. La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios.

Sin embargo, *esta reforma fue derog*ada *en 1956* por una Proclama del Gobierno militar, y solo algunos de los derechos sociales que esta consagraba fueron plasmados en el artículo 14 bis de la Constitución, sancionado por la Convención Constituyente de 1957. Veamos el texto de este artículo:

> El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa;

salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

## Bibliografía

Bidart Campos, Germán: *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Ediar, 1995.

— *Manual de la Constitución Reformada.* Ediar, 2008.

Carta encíclica *Rerum Novarum* del papa León XIII sobre la situación de los obreros.

Durante, Alfredo: *Lecciones de Constitucionalismo Social*. La Ley, 2005.

Ekmekdjian, Miguel Ángel: Manual de la Constitución Argentina. Sexta Edición. Abeledo-Perrot, 2007.

González, Horacio: *Estado de no derecho. Emergencia y Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Colección Tesis doctorales, 2007.

Haro, Ricardo: Curso de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, Ed. AD-VOCATUS, Córdoba, 2003.

Marx, Carlos y Engels, Federico: *Manifiesto Comunista*, Ediciones El Aleph, 2000.

Mora, Patricia: "El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso", en *Via Iuris*, ISSN 1909 - 57 59 Nº9, Julio -Diciembre 2009, pp. 45-59.

Rubio, Marcial y Bernales, Enrique: *Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda Editores. Segunda edición, 1983, p. 11.

*Textos recomendados por la cátedra para ejercicios y trabajos prácticos*

Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos: "Tres concepciones de democracia constitucional". Centro de Estudios Institucionales (mimeo).

Alberdi, Juan Bautista: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*. Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1915. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/bases-y-puntos-de-partida-para-la-organizacion-politica-de-la-republica-argentina--0/html/ff3a8800-82b1-11df-acc7-002185ce6064_8.html#inicio (consultado última vez el 27 de marzo de 2018).

Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales.* 2ª Edición. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Dahl, Robert: *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?* Buenos Aires, FCE, 2003.

De Sousa Santos, Boaventura: *Derecho y emancipación.* 1ª reimpresión. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Nº2). Disponible en http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Derecho%20y%20Emancipaci%C3%B3n.pdf

— *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho.* Madrid, Editorial Trotta, 2009.

Dworkin, Ronald: *El Imperio de la Justicia.* Trad. Claudia Ferrari. 2ª reimpresión. Barcelona, Gedisa, 2005.

— *Law's Empire*. Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1986.

— *Los Derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona, Ariel, 2010, pp. 146 a 208.

Ely, John H.: *Democracia y Desconfianza: una teoría del control constitucional*. Trad. Magdalena Holguín. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1997.

Fiss, Owen: *El derecho como razón pública.* Trad. E. Restrepo. Madrid-Barcelona Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

Gargarella, Roberto: "Capítulo VI. En nombre de la Constitución. El legado federalista dos siglos después", en Borón, Atilio, *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx.* Buenos Aires, CLACSO, 2000.

— "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes", CONICET/CMI. Disponible on line en: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf, Consultado última vez el 8 de febrero de 2018.

— "El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos", en http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf (consultada el 5 de mayo de 2018).

Lorenzetti, Ricardo Luis: *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006.

Nino, Carlos Santiago: *Fundamentos de Derecho Constitucional.* Buenos Aires, Astrea, 2012.

— *La Constitución de la democracia deliberativa*. Trad. Roberto Saba. Barcelona, Editorial Gedisa, 2003.

Tushnet, Mark: *Taking the Constitution away from the Courts.* New Jersey, Princeton University Press, 1999.

— *Weak Courts, Strong Rights.* New Jersey, Princeton University Press, 2008.

Waldron, Jeremy: *Derechos y desacuerdos*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2003, especialmente pp. 325-420.

# Capítulo V
# Supremacía constitucional y control de constitucionalidad

*Virginia Giménez*

## 1. La teoría de la supremacía constitucional

Tanto el constitucionalismo clásico o liberal, como el constitucionalismo social, consagran la supremacía de la Constitución Nacional por sobre el resto del sistema jurídico.

Kelsen, por su parte, entiende como función esencial de la Constitución designar los órganos encargados de la creación de normas generales y establecer los procedimientos que deben seguirse. Pero como hemos visto, los textos constitucionales enumeran una serie de derechos, individuales o sociales, prohibiendo, por lo tanto, la sanción de normas de inferior rango que contradigan o violenten esos derechos consagrados en el texto constitucional. Así, la teoría de la supremacía constitucional supone que toda norma o acto estatal infraconstitucional debe ser compatible, tanto en sus procedimientos de elaboración como en su contenido, con las previsiones constitucionales.

La consecuencia de esta afirmación radica en que todas las normas que integran el orden jurídico del Estado encuentran en la Constitución su fuente de validez formal (referida a los procedimientos de sanción) como material (referida a su contenido). Aquellas normas o actos estatales que resulten contrarios a los procedimientos que la Constitución manda o a los contenidos que ella prescribe serán inválidos por ser inconstitucionales.

La primera formulación judicial de la supremacía de la constitución nacional la encontramos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sentencia dictada en el caso Marbury v. Madison.[1] Allí, el juez Marshall, ante un acto contrario a la Constitución llevado adelante por el poder ejecutivo del país del norte plantea y resuelve los siguientes interrogantes:

> Para decidir esta cuestión parece necesario tan solo reconocer ciertos principios que se suponen establecidos como resultado de una prolongada

1. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

y serena elaboración. Todas las instituciones fundamentales del país se basan en la creencia de que el pueblo tiene el derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho supone un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser repetido con mucha frecuencia. Los principios así establecidos son considerados fundamentales. Y desde que la autoridad de la cual proceden es suprema, y puede raramente manifestarse, están destinados a ser permanentes. Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede hacer solo esto, o bien fijar, además, límites que no podrán ser traspuestos por tales poderes. El gobierno de los EE.UU. es de esta última clase. Los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. ¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación? Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida. *Hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.*

*Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula.* Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia. Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? O bien, en otras palabras, no siendo ley, ¿constituye una norma operativa como lo sería una ley válida?

> Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él.

En nuestro país, la supremacía de la Constitución Nacional surge del artículo 31, el cual establece: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859."

La Corte Suprema de la Nación, ha recurrido en innumerables ocasiones a la teoría de la supremacía constitucional en la resolución de sus casos; veamos una cita del reciente caso Rizzo:

> La actuación de los tres poderes del Estado Nacional encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución Federal (artículos 10, 31 y 36). Los mandatos de su texto han sido establecidos por el poder constituyente del pueblo, y por esa razón condicionan la actividad de los poderes constituidos. El obrar del Estado debe entonces estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en el pacto fundacional de los argentinos. (Del voto de la mayoría)
>
> […] es principio de nuestro ordenamiento constitucional que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente (Fallos: 137:47, entre otros). La regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (artículo 19 de la Constitución Nacional), no de los poderes públicos. Estos, para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación (Fallos: 32:120, entre otros). (Del voto de la mayoría).[2]
>
> Pero decidir y ser contundentes sobre el carácter de Ley Suprema de la Constitución Nacional no resuelve el interrogante que de esta afirmación deriva: ¿quién será el encargado de controlar la compatibilidad de los actos de gobierno o las normas inferiores que se dicten con el texto constitucional? ¿Quién llevará adelante el control de constitucionalidad?

2. CSJN, "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26.855, medida cautelar (Expte. N°3034/2013)", junio 2013.

## 2. El control constitucional: sistema argentino. Control de constitucionalidad. Concepto y características

Como ya vimos, fue la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica la primera en establecer la supremacía de la constitución nacional por sobre el resto del sistema jurídico.

También fue en Estados Unidos donde primariamente obtuvo consagración la teoría del control judicial de constitucionalidad. En la actualidad, la necesidad de que exista un control de constitucionalidad de las leyes es difícilmente, y en todo caso, débilmente cuestionada por alguna doctrina. Esto es así ya que, como nos enseña Bidart Campos, la dimensión normativa de la Constitución Nacional, su carácter jurídico, debe necesariamente contar con una suerte de respaldo que permita traducir su fuerza normativa en conductas acordes con aquella.[3] Así, en caso de inobservancia de los preceptos constitucionales, el control de constitucionalidad se erige como un instrumento propicio para recuperar y asegurar la vigencia de la Constitución en la dimensión sociológica del mundo jurídico.

Lo que resulta aún objeto de debate es quién lleva adelante ese control de constitucionalidad y por ello existen en el mundo diversos sistemas de control que procederemos a enumerar.

### *2.1. De acuerdo con el órgano que ejerce el control los sistemas pueden ser:*

a. Político: este sistema supone que el control de constitucionalidad de una norma lo realiza el órgano legislativo o un órgano especialmente creado para este fin, pero también de naturaleza política. Uno de los pocos ejemplos existentes, ya que no es un sistema muy difundido, lo encontramos en Francia, donde el Consejo Constitucional es el encargado de este control, y está compuesto por 9 miembros, 3 de ellos/as designados/as por el presidente de la República, 3 por la Asamblea General y 3 por el Senado. Las críticas a este sistema son predecibles. Resulta difícil imaginar la efectividad de un sistema en el que quien dicta la ley y quien controla su constitucionalidad son el mismo órgano. Que el control sea realizado por órganos separados brinda una mayor confianza respecto de la objetividad del control.

3. Nos insertamos aquí, aunque brevemente, en la teoría trialista de Werner Goldschmidt, quien sostiene que el "mundo jurídico" se compone de tres elementos: conductas, normas y valor. Germán Bidart Campos, *Filosofía del Derecho Constitucional*, Ed. Ediar, 1969.

Entre los aspectos positivos se suele resaltar el respeto de la voluntad popular, encarnada en los/as representantes elegidos/as por el pueblo, mientras que ya veremos que al siguiente sistema de control se le suele cuestionar su falta de legitimación para realizarlo.

b. Jurisdiccional: este sistema, que pone en cabeza del poder judicial el control de constitucionalidad, es el más difundido y es el sistema al que diera reconocimiento y sustento teórico el caso Marbury v. Madison[4] al sostener que

> sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren. Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar solo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Gobierno actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción.
>
> Diversas son las ventajas que se reconocen a este sistema. En primer lugar, se afirma que el poder judicial se erige, en este caso, como un límite a los abusos que pueden cometer los poderes legislativo y ejecutivo en su función de dictar normas. Luego, se argumenta que tratándose, toda

4. 5 U.S. 137.

cuestión constitucional, de un conflicto de normas, es naturalmente el poder judicial el que se encuentra facultado para resolverlo. Por último, se suele sostener que en estos casos, el poder judicial actúa como poder contramayoritario, limitando las decisiones de la mayoría que pudieran afectar los derechos constitucionales de las minorías.

La mayor crítica que se realiza a este sistema de control radica en la total carencia de legitimación electoral de los/as magistrados/as que realizan el control. Así, se sostiene que la voluntad popular, expresada por el poder legislativo o el poder ejecutivo, que sí son el resultado de la elección del pueblo, no puede verse torcida por la actividad del único poder cuyos miembros no son democráticamente elegidos/as.

Sin perjuicio de esta crítica, lo cierto es que el sistema de control judicial, en sus diversas variantes, es el más extendido en los diversos estados constitucionales.

b.1. Sistema de control jurisdiccional difuso: hablamos de sistema de control jurisdiccional difuso cuando todos/as los/as jueces/zas, cualquiera sea el fuero y la instancia, ejercen el control de constitucionalidad. En este sistema, cada juzgado está habilitado para ejercer el control, aunque siempre se reserva la última interpretación a la Corte Suprema de la Nación.

b.2. Sistema de control jurisdiccional concentrado: esta modalidad supone la existencia de un único tribunal que intervendrá cuando sea necesario ejercer el control de constitucionalidad de una norma o acto de gobierno. Suelen ser denominados tribunales constitucionales, y es un sistema vigente, por ejemplo en España.

b.3. Sistema de control jurisdiccional mixto: en este caso, existen tanto un tribunal constitucional facultado para entender en ciertas causas en las que se cuestione la constitucionalidad de un acto o norma, pero otras son dejadas a los tribunales comunes.

En nuestro país, el control de constitucionalidad de una norma o acto de gobierno puede ser realizado por cualquier juez/a, de cualquier fuero o instancia, por lo que podemos afirmar que nuestro sistema es de control judicial difuso, correspondiendo a la Corte Suprema de Justicia, como cabeza del poder judicial, la última y definitiva decisión de las causas con contenido constitucional. Por eso se afirma comúnmente que la Corte Suprema es la última intérprete de la Constitución.

Este carácter difuso es afirmado por la Corte Suprema, nuevamente, citando el fallo Rizzo podemos citar:

Con sustento en las previsiones constitucionales que establecen la supremacía de la Constitución Nacional y la función que le corresponde a

los jueces (artículos 31, 116 y 117), desde 1888 hasta la actualidad se ha sostenido "… que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos" (Fallos: 33:162) (Del voto de la mayoría).[5]

*2.2 Sistemas posibles respecto a las vías procesales para hacer el planteamiento:*

a. Por vía directa de acción o de demanda: en este caso, el objeto del proceso, de la causa que se inicia, es cuestionar la constitucionalidad de una norma o acto de gobierno.
b. Por vía indirecta, o de excepción: en este caso, la cuestión de constitucionalidad surge en forma incidental dentro de un proceso cuyo objeto principal no es la posible declaración de inconstitucionalidad.

En nuestro país, este último es el sistema imperante con algunas excepciones.

*2.3. Sistemas de control de acuerdo a los efectos que la declaración de inconstitucionalidad produce*

a. Efectos inter-partes: en este caso, el efecto de la sentencia se limita a no aplicar la norma cuestionada en el caso resulto, por lo que subsiste la vigencia de la norma para el resto del ordenamiento jurídico y quien pretenda que la norma no le sea aplicable deberá iniciar su propio reclamo judicial.
b. Efectos erga-omnes: en este caso, la declaración de inconstitucionalidad de la norma la invalida para todo el sistema jurídico. Esto puede ocurrir porque la norma que es tildada de inconstitucional queda automáticamente derogada como efecto de la sentencia, o porque la sentencia implique para el órgano que la dictó la norma la obligación de derogarla.

5. CSJN, "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26.855, medida cautelar (Expte. N°3034/2013)", junio 2013.

En nuestro sistema, esta declaración tiene efectos solo entre las partes de la causa judicial, sin que implique la derogación de la norma o la nulidad del acto en cuestión. La decisión judicial se limita a no aplicar la norma calificada como inconstitucional en ese caso.

Existe, sin embargo, una excepción a este efecto inter-partes, que está dado por las acciones colectivas, receptadas en nuestra Constitución Nacional en el artículo 43, cuando consagra la llamada acción de amparo colectivo. En la causa "Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo", Ernesto Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 25.873 y de su decreto reglamentario, N°1563/04, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine "en qué casos y con qué justificativos" puede llevarse a cabo. Solicitó la declaración de inconstitucionalidad de normas mencionadas porque consideró que violaban el derecho a la privacidad en su condición de consumidor y además, el derecho a la confidencialidad en su condición de abogado. La Corte entendió que la pretensión deducida por Halabi podía ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva ya que no se circunscribía a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, era representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados.

Una vez sentado el carácter colectivo de la acción, la Corte concluyó que era inherente a la naturaleza de las acciones colectivas que sus efectos no se limitaran a las partes del proceso sino que se extendiera a erga-omnes. De esta manera, quedaba sentado en nuestro país el efecto erga-omnes de las sentencias recaídas en el marco de acciones colectivas.[6]

Entonces, resumiendo, el sistema de control constitucional argentino es jurisdiccional difuso, mayormente por vía indirecta y mayormente las sentencias dictadas poseen efectos inter-partes. Existen, no obstante, normas locales o excepciones jurisprudenciales que han habilitado el acceso por vía directa y el efecto erga omnes de las sentencias.

## 3. Criterios para la declaración de inconstitucionalidad sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En ejercicio de su función, la Corte ha sentado algunos lineamientos sobre el control de constitucionalidad en nuestro país, brindando pautas a los tribunales inferiores. Así, se afirma en la jurisprudencia de la Corte que la declaración de

6. CSJN, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986". 24 de febrero de 2009.

inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional, deber ser considerado como la *ultima ratio* (último argumento) por lo que solo debe ejercerse cuando las circunstancias estrictamente lo requieran y en casos de manifiesta incompatibilidad con la Constitución Nacional.

También ha sentado la Corte un principio de presunción de constitucionalidad de los actos estatales. Esto significa que la incompatibilidad constitucional debe ser probada por quien la alega, toda vez que se presupone que los poderes del estado actúan en un todo conforme con la Constitución Nacional.

Otra regla sentada por la Jurisprudencia de la Corte se refiere a la existencia de ciertas cuestiones, llamadas "cuestiones políticas no justiciables", que no pueden ser objeto de control judicial. Así, se sostiene que no corresponde a los/as jueces/zas el examen de la oportunidad, conveniencia, acierto o eficacia del criterio adoptado por el poder legislativo o ejecutivo. Lo cierto es que, afortunadamente, cada vez son menos las temáticas en las que la Corte afirma no poder intervenir por tratarse de cuestiones políticas no justiciables, pero la doctrina aún subsiste.

Por último, también se encuentra en proceso de transformación un principio que afirma que el control judicial no se ejerce de oficio. Esto se refiere a que si, en el marco de un proceso judicial ninguna de las partes ha planteado la inconstitucionalidad de una norma o acto de gobierno, no puede el/la juez/a interviniente declararla o siquiera analizarla. Este principio también se encuentra hoy en franca retirada, toda vez que el control de constitucionalidad, como ejemplo paradigmático de garantía de la Constitución que puede a su vez extender esa garantía a los derechos fundamentales de la Constitución supone, para su efectiva concreción, la habilitación para que los/as jueces/zas puedan, por propia iniciativa, controlar la adecuación existente entre la cúspide de la pirámide jurídica y las normas que de ella emanan. Sostener lo contrario supedita principios básicos de nuestra organización jurídica y política como lo son la Supremacía constitucional y la defensa de la Constitución a lo alegado por el particular, extrayéndolas de su ámbito natural, cual es el Poder judicial y los/as jueces/zas que lo componen.

Por otro lado, negar la aplicación de la Constitución Nacional al caso por el simple hecho de que no ha sido alegada por las partes implica negar su calidad de norma, su pertenencia al orden jurídico, colocándola en un plano de simples expresiones de deseo a cuya concreción debe orientarse el ejercicio de los poderes públicos.

Esto no obsta a que existen requisitos procesales a cumplimentar. Así, para que los/as jueces/zas puedan abocarse al control de constitucionalidad de una norma o un acto de gobierno deben hacer en el marco de una causa judicial. Se refiera a la prohibición que recae sobre los tribunales de actuar en abstracto, es decir, sin que medie causa judicial sometida a sus estrados, lo que surge claramente del artículo 2 de la ley 27, el cual establece en referencia a la justicia nacional: "Nunca procede de oficio y solo ejerce su jurisdicción en los casos contenciosos

en que es requerida a instancia de parte". Esto debe ser interpretado en el sentido de que no pueden los jueces, por su propia voluntad, abocarse al análisis de la constitucionalidad de una norma si no lo hacen en el marco de una controversia que es traída a los estrados del tribunal.

Luego, también se requiere legitimación, esto es, quien realiza el planteo por la inconstitucionalidad de una norma debe tener un interés legítimo que se vea afectado por la norma cuya constitucionalidad cuestiona.

Se requiere también que el gravamen, el daño que causa la norma cuya inconstitucionalidad se denuncia, sea actual al momento de la decisión judicial.

Por último, se requiere que el planteamiento de la inconstitucionalidad se realice en momento oportuno (generalmente se entiende que el momento oportuno para el/la demandante es la presentación de la demanda y para el/la demandado/a el momento de la contestación) y debe estar debidamente fundada. No resulta suficiente hacer una mera mención sobre la incompatibilidad inconstitucional. Es claro que este requisito se ve hoy morigerado por la jurisprudencia que comienza a admitir la declaración de inconstitucionalidad de oficio, siempre en el marco de causa judicial.

## Bibliografía

Bidart Campos, Germán: *El Derecho de la Constitución y su fuerza Normativa***,** Ediar, 1995.

— *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, 2008.

Durante, Alfredo: *Lecciones de Constitucionalismo Social*, La Ley, 2005.

Ekmekdjian, Miguel Ángel: *Manual de la Constitución Argentina*. Sexta Edición. Abeledo-Perrot, 2007.

Gargarella, Roberto: *La Justicia frente al Gobierno***.** Quito, Corte Constitucional para el Período de transición, 2011 (Colección Pensamiento jurídico contemporáneo, Nº3). Especialmente capítulos 5 y 6.

Haro, Ricardo: *Curso de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Córdoba, Ed. Advocatus, 2003.

Rubio, Marcial y Bernales, Enrique: *Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda Editores. Segunda edición, 1983.

*Páginas web*

CSJN. https://www.csjn.gov.ar/#SENTENCIAS-ACORDADAS-RESOLUCIONES

TSJ CABA. http://www.tsjbaires.gov.ar/

# Capítulo VI
# Constitución Nacional.
# Parte dogmática y parte orgánica

*Tatiana Hirschhorn*

## La parte dogmática de la Constitución: declaraciones de derechos; garantías constitucionales; mecanismos de garantías. La parte orgánica de la Constitución. Características de la Constitución Nacional. Derechos y libertades. Explicación y desarrollo

Nuestra Constitución Nacional es el producto de una extensa historia de conflictos de intereses y de luchas. Propiamente dicho, la Constitución es un documento donde los miembros del Estado Nación acuerdan dejar sentado cuáles serán los fines y las bases del Estado. En particular, en un Estado de Derecho –es decir, donde todos los sujetos (incluso los/as gobernantes) nos ubicamos por debajo de la Constitución– la Constitución indica cuál será la regla de resolución ante un eventual conflicto. En democracia esa regla indica que ante un conflicto de intereses prevalece la decisión de la mayoría, aunque debe respetarse a las minorías. En definitiva, la Constitución es al Estado lo que las reglas son a un juego.

Como en un juego, las reglas son anteriores a los hechos puntuales y deben ser consensuadas por "los/as inventores/as" del juego. En el caso de nuestro país, los Convencionales Constituyentes que redactaron el texto constitucional original del año 1853 establecieron los fines y los principios guías en el texto constitucional. Incluso establecieron los mecanismos y los pasos a seguir frente a una eventual reforma constitucional.

A través de nuestros años de estudio hemos escuchado hablar de federales y unitarios. Estos dos grupos políticos sostenían distintos proyectos sobre la organización de nuestro país. Estas dos tendencias fueron claramente diferenciadas a partir de 1819: mientras que los federales eran partidarios de las autonomías provinciales, los unitarios eran partidarios del poder central de la provincia de Buenos Aires. Estas disputas políticas desembocaron en una larga guerra civil cuyo primer episodio fue la batalla de Cepeda en febrero de 1820, cuando los caudillos federales de Santa Fe, Estanislao López, y de Entre Ríos, Francisco

Ramírez, derrocaron al Directorio.[1] A partir de aquel momento, cada provincia se gobernó por su cuenta, siendo la principal beneficiada por la situación la de Buenos Aires.[2]

Los unitarios, en la década de 1820, actuaron a través del "grupo rivadaviano" o "partido del orden", que pronto se convertiría en la plataforma del unitarismo. Aunque históricamente esta agrupación ha sido asociada al binomio puerto-ciudad y se le ha endilgado el objetivo principal de lograr la prevalencia de la provincia de Buenos Aires por sobre el resto del país, estudios más recientes demuestran la existencia de unitarios en diversas provincias como Córdoba, Mendoza, Salta y San Juan. Los unitarios, lejos de conformar un movimiento homogéneo, presentaban diferencias que contribuyeron a dar por tierra con los planes de terminar con el gobierno de Rosas.[3]

Mientras tanto, allá por 1810 el federalismo era concebido como una forma de organización basada en la asociación voluntaria de las provincias que delegaban algunas de sus atribuciones para constituir el poder central pero conservaban su autonomía. Si bien el grupo federal estaba integrado por diversos sectores, la mayoría lo constituían caudillos pero también intelectuales que se inspiraban en la Constitución de los Estados Unidos de América, además de gente de las provincias que se oponía al dominio absolutista porteño (es decir, de las elites instaladas en la Ciudad de Buenos Aires) y a que la Ciudad de Buenos Aires fuese capital de todo el extenso país. Los federales defendían las autonomías provinciales: cada provincia debía tener su propio gobierno, constitución, leyes y economía. Sin embargo, reconocían la existencia de un gobierno nacional con poder limitado y encargado solo de algunas cuestiones (por ejemplo, un gobierno central que se ocupara de las relaciones exteriores del país). Hacia 1824 el ideario federal comienza a ser importante en la provincia de Buenos Aires.[4] Sin embargo, las ideas federales tomaron fuerza entre el gauchaje del campo bonaerense y la gente más humilde de la entonces bastante pequeña Ciudad de Buenos Aires. Uno de los primeros representantes del "federalismo porteño" fue Manuel Dorrego, quien sería derrocado en la primera revolución armada del Ejército Nacional contra un gobierno legítimamente constituido.[5]

1. Información disponible en el blog de Felipe Pigna, URL: http://www.elhistoriador.com.ar/historia_argentina/historia_argentina.php.
2. La provincia de Buenos Aires, que ya era la más rica, retuvo para sí las rentas de la Aduana y los negocios del puerto.
3. Información disponible en el blog de Felipe Pigna, URL: http://www.elhistoriador.com.ar/articulos/era_de_rivadavia/las_dicotomias_internas_del_unitarismo.php.
4. Recordemos que en esa época no existía la separación jurisdiccional existente desde 1880: Ciudad de Buenos Aires y provincia de Buenos Aires.
5. El 1º de diciembre de 1828 el general unitario Juan Galo de Lavalle encabezó una revolución contra el gobierno del coronel Manuel Dorrego, quien en 1827 había sido elegido

La revuelta, encabezada por militares y respaldada por notables defensores de los ideales unitarios, finaliza con el fusilamiento del gobernador de Buenos Aires a manos del general Lavalle en los campos de la localidad de Navarro el 13 de diciembre de 1828.

La desaparición de Dorrego, fundador del Partido Federal porteño y bonaerense, hizo que asumiera la jefatura del federalismo porteño Juan Manuel de Rosas, quien hábilmente interpretó los deseos populares sabiéndolos aunar a los deseos de los estancieros proteccionistas. En el año 1829, Juan Manuel de Rosas –uno de los estancieros más poderosos de la provincia de Buenos Aires– asumió la gobernación de Buenos Aires y ejerció una enorme influencia sobre todo el país. A partir de entonces y hasta su caída en 1852, retuvo el poder utilizando métodos cuestionados, siendo acusado de autoritario y de perseguir duramente a sus opositores y de censurar a la prensa. No obstante, esta polémica figura contó con el apoyo de amplios sectores del pueblo y de las clases altas porteñas. En términos organizativos, Rosas se opuso a la organización nacional y a la sanción de una constitución, porque ello hubiera significado el reparto de las rentas aduaneras al resto del país y la pérdida de la hegemonía porteña.[6]

Los federales rechazaban los ideales del establecimiento de un sistema centralizado que coartara la independencia de las provincias. Aunque tenían un pensamiento tradicionalista al mismo tiempo defendían los intereses regionales y nacionales. Afirmaban que el sistema federal se adaptaba a las características nacionales, dada la extensión del territorio y sus regionalismos económicos y políticos.

En el año 1831 Juan Manuel de Rosas, mediante el Pacto Federal suscripto originalmente entre las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe, consolidó la Confederación Argentina, donde la provincia de Buenos Aires adquirió un espectacular protagonismo. Entre 1835 y 1845 la Confederación Argentina tuvo un grupo de provincias argentinas federales hostiles a Rosas, existiendo en el seno del Partido Federal graves disidencias.[7] En 1852, frente a este escenario, el caudillo federal entrerriano Justo José de Urquiza decidió rebelarse contra la hegemonía de Rosas.[8]

---

gobernador y capitán general de la provincia de Buenos Aires. Ver http://www.elhistoriador.com.ar/articulos/era_de_rivadavia/revolucion_de_lavalle_y_fusilamiento_de_dorrego.php. También pueden conocer una recreación de la muerte del general Lavalle a través de la novela *Sobre Héroes y Tumbas* de Ernesto Sábato. Para mayor información, ver http://fcaglp.fcaglp.unlp.edu.ar/~sixto/sabato/romance/index.htm.

6. http://www.elhistoriador.com.ar/historia_argentina/historia_argentina.php.

7. Existieron fuerzas federalistas en el sentido clásico, cuyos baluartes principales eran las provincias de Santa Fe y Corrientes, que propugnaban la organización nacional en un Estado supraprovincial y de base constitucional, y que en fenómenos como la Coalición del Norte se enfrentaron al sistema confederalista basado en pactos propugnado por Juan Manuel de Rosas y sus aliados.

8. https://es.wikipedia.org/wiki/Pacto_Federal_(Argentina).

Después de la Batalla de Caseros, en 1852, el federalismo representado por la figura de Justo José de Urquiza triunfó[9] y en el año 1853 nuestra Constitución Nacional adoptó explícitamente la forma de gobierno federal. El camino estuvo plagado de escollos y la historia marca diversas aristas. Mientras algunos autores tildan a Rosas de tirano, otros utilizan el mismo calificativo para con Urquiza. Nuestra intención ha sido situar en tiempo y espacio el dilema federalismo versus unitarismo y, eventualmente, despertar vuestro interés en la historia argentina. Téngase presente, que este conflicto relativo a la organización del gobierno nacional tuvo implicancias en todo el continente americano durante el siglo XIX.

Ahora bien, la adopción de un sistema federal de gobierno implica la existencia de un Poder Legislativo bicameral; es decir, con una cámara alta (Senado) y una cámara baja (Diputados). Además, significa que aunque existe un gobierno central también existen gobiernos locales electos por los habitantes de cada una de las unidades (provincias) que integran el Estado y que conservan para sí cierto grado de autonomía.

Mientras que en la Cámara de Senadores todas las provincias son representadas en forma igualitaria, en la Cámara de Diputados existe una representación proporcional entre el número de Diputados y la cantidad de habitantes de cada territorio.

Algunos/as detractores/as del sistema federal de gobierno consideran que esta fórmula sobrerrepresenta a las provincias "más pequeñas" –en términos demográficos– o cuyo aporte al producto bruto interno es menor. En este orden de ideas, las provincias de Formosa y Buenos Aires tienen igual número de senadores y senadoras, sin importar que mientras Formosa posee 486.559 habitantes, la provincia de Buenos Aires cuenta con 15.625.084 habitantes.[10]

No obstante, y dejando de lado estas plausibles críticas, lo cierto es que el sistema federal de gobierno ha sido expresamente consagrado en nuestra Constitución Nacional, cuyas características serán desarrolladas a continuación.

## Parte dogmática y orgánica de la Constitución Nacional

Nuestra Constitución está conformada por un Preámbulo, 129 artículos y 17 disposiciones transitorias.[11] A través de su Constitución cada Estado Nación realiza

9. Para lograrlo se sirvieron de las fuerzas de Brasil y Uruguay. Esta fue la única vez que tropas extranjeras entraron en la Ciudad de Buenos Aires; la otra vez había sido británicos, pero como vencidos.

10. Datos Censo 2010. Disponible en la URL: https://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=41&id_tema_3=135.

11. Las/os invitamos a profundizar vuestros conocimientos a partir de la lectura de la obra de Juan Bautista Alberdi denominada *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política*

un diseño institucional y establece las reglas de resolución de conflictos. Nuestro país, continuando la tradición del sistema continental europeo y la necesidad que esta tradición sostiene de sistematizar positivamente la letra de las normas jurídicas, dictó una Constitución que está organizada en dos partes: la parte dogmática y la parte orgánica. La Constitución de la Nación Argentina está inspirada en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en lo relativo a la organización de los poderes. Sin embargo, se aleja del modelo norteamericano en términos de derechos y garantías. Mientras que la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica hace una escasa y prácticamente nula mención a los derechos y garantías de los habitantes de dicho país, nuestra Constitución Nacional se explaya y ahonda en detalles respecto a nuestros derechos, garantías y libertades.

La Constitución de la Nación Argentina se inscribe en la concepción racionalista liberal que garantiza el orden –porque ella misma crea el orden– y la división y el control de los poderes estatales, y reconoce y protege los derechos y las garantías individuales.[12]

El Preámbulo hace alusión al poder constituyente originario que reside en el pueblo soberano y es delegado en los convencionales constituyentes ("Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina") y a los objetivos que los mismos asignan al Estado nacional. Someramente estos fines consisten en:

- Constituir la unión nacional.
- Afianzar la justicia.
- Consolidar la paz interior.
- Proveer a la defensa común.
- Promover el bienestar general.
- Asegurar los beneficios de la libertad.

El espíritu universalista de la Constitución y sus ansias de eternidad están plasmados en la leyenda "para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino".

La parte dogmática toma su conceptualización de la idea de dogma; una proposición que se tiene por firme y cierta y es considerada como principio innegable de una ciencia. La parte dogmática de la nuestra Constitución supone una verdad cierta e innegable, que no amerita discusión alguna y está conformada por el Préambulo y los artículos 1° a 43.

---

*de la República Argentina*, tratado de derecho público editado por la imprenta del periódico *El Mercurio*, Valparaíso, Chile.

12. Juan Fernando Segovia, "Las raíces constitucionales del Estado Argentino. Un estudio de las convenciones de 1853 y 1860". Disponible en la URL: http://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/view/1427/1824.

Los primeros artículos constitucionales aluden a la forma de gobierno (representativa, republicana y federal), a la religión que económicamente sostiene el Estado Argentino[13] y a las atribuciones que las provincias han retenido para sí –artículos 5, 6 y 7 CN–. Los artículos 9 a 12 de la Constitución hacen referencia a la existencia de aduanas nacionales, a la libertad de circulación de la producción o fabricación nacional, a la ausencia de derechos de tránsito entre los productos que se mueven de una provincia a otra, y a la posibilidad de admitir nuevas provincias en el territorio nacional.[14]

El artículo 14 enumera los derechos de todos/as los/as habitantes de la Nación Argentina. En consonancia con lo declarado en el Preámbulo, estos derechos son de todas las personas que pisan el suelo argentino, sin reparar en el hecho de dónde hubieran nacido. A continuación, el artículo 14 bis –que fuera incorporado a través de la reforma inconstitucional de nuestra Carta Magna llevada a cabo por un gobierno autoritario en el año 1957– consagra los derechos de los/as trabajadores/as y los denominados derechos económicos, sociales y culturales, propios del Constitucionalismo Social.

Mientras que el artículo 15 –completamente innovador para su época– prohíbe la esclavitud y consagra la entonces denominada "libertad de vientre", el artículo 16 consagra la igualdad formal, o igualdad ante la ley, característica del Constitucionalismo Clásico o Liberal. El artículo 17, haciendo honor a la tradición liberal, establece la inviolabilidad del derecho a la propiedad privada, mientras que el artículo 18 garantiza el "debido proceso legal", como conjunto de garantías que todo/a habitante tiene previo a ser acusado/a de cualquier delito. El artículo 19 consagra el "derecho de reserva" al establecer 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 solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Al mismo tiempo, este artículo incorpora aquello que Hans Kelsen (1934) llamó "principio de clausura" que significa que todo aquello que no está prohibido, está permitido.[15] Finalmente, cabe señalar que la referencia a "Dios" se corresponde al espíritu liberal de la época y en la actualidad deviene anacrónica.

13. Desde la cátedra consideramos necesario revisar el artículo 2, que resulta discriminatorio hacia todas aquellas personas que no profesamos el culto católico apostólico romano y que, sin embargo, sostenemos económicamente a dicha religión.
14. Tengamos presente que en el año 1853 existían tan solo 13 provincias, siendo en la actualidad 23 provincias y una Ciudad Autónoma las que integran la República Argentina.
15. A efectos de entender el alcance de este principio, los/as invitamos a leer el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la causa "Arriola, Sebastián y otros s/ causa N°9080" (5 de agosto de 2009).

Los artículos 20 y 25 incorporan a los/as migrantes al proyecto nacional e incluso promueven la inmigración europea. Esta última mención hace lugar al ideario promovido por Sarmiento[16] –entre otros intelectuales y políticos de la época– en clara referencia a lo que con tanta lucidez Arturo Jauretche (1967) llamó "intelligentzia" (aquella intelectualidad dócil a la penetración de ideas extranjerizantes que actúa como correa de transmisión de los postulados que necesita la oligarquía para imponer sus condiciones).[17]

El artículo 21 hace alusión al derecho de rebelión del pueblo frente a la opresión del gobernante ilegítimo, que fuera desarrollado por Santo Tomás de Aquino. Nuestra Constitución toma este derecho de rebelión y hace explícito lo que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del año 1776 consagra en forma implícita. Luego, el artículo 22 indica que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes, estableciendo la democracia representativa como forma de gobierno y estableciendo penalidades para quien se rebele contra los poderes legítimamente constituidos –delito de sedición–. El artículo 23 establece la herramienta del Estado de Sitio para preservar la plena vigencia de la Constitución Nacional y sus instituciones.

Los artículos constitucionales 26 y 27 referencian el vínculo entre el Estado Argentino y las naciones extranjeras, estableciendo relaciones diplomáticas y comerciales.

El artículo 28 establece que los principios, garantías y derechos reconocidos en la parte dogmática de la Constitución no pueden ser alterados por leyes ni por reglamentos. Luego, el artículo 29 establece la prohibición de la "suma del poder público", que evita la concentración del poder y al mismo tiempo garantiza la división de funciones propia de la República.

El artículo 30 establece el mecanismo para reformar la Constitución. En función de este artículo y de las complejidades que caracterizan el proceso de reforma constitucional, nuestra Carta Magna tiene características de rigidez orgánica, ya que la necesidad de su reforma debe ser expresamente declarada por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de sus miembros y la reforma es llevada adelante por un órgano expresamente convocado a tal efecto –en nuestro caso, una Convención Constituyente–. No obstante, algunas cláusulas constitucionales son consideradas pétreas, lo que implica que no pueden ser modificadas. Por ejemplo, lo relativo al régimen de gobierno representativo, republicano y federal.

El artículo 31 establece el orden de la pirámide normativa y el lugar que ocupa la Constitución en dicha pirámide. Como podremos apreciar en el capítulo

16. Domingo Faustino Sarmiento fue presidente de la República Argentina entre 1868 y 1874.
17. Arturo Jauretche, *Los profetas del odio y la yapa: la colonización pedagógica*, 1967.

dedicado a la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos, este orden imperante desde 1853-1860, a partir de la lectura conjunta con el artículo 27 de nuestra Constitución, permitió el lugar que ocuparon los tratados internacionales con relación a las leyes de la Nación. Esta disputa sería zanjada definitivamente a partir de la reforma constitucional del año 1994, que asignó jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos –art. 75, inc. 22– y consagró que los tratados internacionales tienen jerarquía supralegal –art. 75, inc. 24.

El artículo 32 garantiza la libertad de imprenta y el 33 establece ciertas pautas interpretativas con relación a las declaraciones, derechos y garantías y consagra los denominados "derechos implícitos" o "derechos no enumerados". El artículo 33 fue incorporado al texto constitucional a través de la reforma operada en el año 1860 y la doctrina reconoce como su antecedente más asequible la enmienda IX de la Constitución Norteamericana, que vino a suplir la omisión del constituyente estadounidense de incluir un catálogo de derechos en la letra de la Ley Suprema. La doctrina considera que esta norma plasmó la concepción iusnaturalista que predica la existencia de derechos anteriores a cualquier organización estatal, en consonancia con el principio de soberanía del pueblo.[18]

El artículo 34 establece la imposibilidad de ser juez federal y provincial al mismo tiempo, y el artículo 35 alude a las distintas denominaciones que hasta el año 1853 han sido utilizadas para nombrar a nuestro país y considera válida a cada una de ellas.

Como señaláramos previamente, nuestra Constitución Nacional, además de una parte dogmática, posee una parte orgánica. Esta última desarrolla en particular cada uno de los poderes que integran el Estado Nacional y garantizan la forma de gobierno representativa, republicana y federal, abarcando desde el artículo 44 al 129. Téngase presente que la reforma constitucional del año 1994 incorporó un capítulo denominado "Nuevos derechos y garantías". La reforma obedeció a diversos motivos políticos que fueron plasmados en el denominado "Pacto de Olivos", un encuentro entre el aquel entonces presidente de la Nación, Carlos S. Menem, y el presidente del principal partido político opositor –la Unión Cívica Radical–, el expresidente de la Nación, Raúl R. Alfonsín. Atento a que el bloque oficialista no contaba con los votos suficientes para sancionar la ley que declarara la necesidad de la reforma constitucional, fue preciso que el Presidente conversara políticamente con el jefe del partido opositor para poder obtener los votos necesarios. El Pacto de Olivos implicó la posibilidad de la

18. Juan Matías González Mazziotti, "La Constitución Nacional y la apertura no positivista de su art. 33". Disponible en la URL: http://jusnoticias.juschubut.gov.ar/index.php/actualidad/80-la-constitucion-nacional-y-la-apertura-no-positivista-de-su-art-33.

reelección del presidente de la República e incluyó una "cláusula cerrojo". El mecanismo que se halló para evitar de modo eficaz los riesgos de una Convención Constituyente que se asumiera como soberana e ignorase el acuerdo político de los líderes partidarios consistió en dividir lo acordado en un *núcleo de coincidencias básicas*[19] que contuviera los puntos de reforma más caros a las pretensiones plasmadas en el acuerdo; un apartado de temas habilitados relativos a cuestiones de menor entidad política que podían ser libremente abordados por la Convención y una sección de garantías jurídicas y políticas que las partes se daban a efectos de que el órgano constituyente cumpliera con los pactos. El núcleo de coincidencias básicas se convirtió en dicha "cláusula cerrojo" ya que los temas que lo constituían debían ser votados en bloque por la Convención. Su aceptación implicaba la incorporación a la Constitución de todas las modificaciones acordadas mientras que el voto por la negativa suponía el rechazo de todos los temas que componían el núcleo básico y el mantenimiento del texto constitucional vigente. A los fines de nuestra exposición, es particularmente importante mencionar que se establecía la intangibilidad del capítulo único de la primera parte de la Constitución, "Declaraciones, derechos y garantías".[20] En consecuencia, no podía modificarse la parte dogmática y la forma que encontraron los constituyentes de zanjar esta imposibilidad fue incorporar un capítulo nuevo de derechos y garantías. En este orden de ideas fueron incorporados el artículo 36, que alude a las consecuencias de interrumpir a través del uso de la fuerza la plena vigencia de la Constitución y del sistema democrático y establece las sanciones que corresponden a quienes lleven adelante tales actos. Luego el artículo 37 garantiza el derecho al sufragio universal,[21] igual, secreto y obligatorio y consagra la igualdad real de oportunidades, complementaria de la igualdad formal del artículo 16 y característica del Consticionalismo Social. El artículo 38 reconoce la existencia de los partidos políticos y su importancia para el sistema democrático.

Los artículos 39 y 40 establecen mecanismos de democracia semidirecta: la consulta popular y el derecho de iniciativa. El artículo 41 alude al derecho al ambiente y las consecuencias del daño ambiental. El artículo 42 consagra los derechos de los/as consumidores/as y el artículo 43 establece mecanismos de protección de derechos –que serán desarrollados en el capítulo pertinente.

19. Ley Nº24.309, Constitución Nacional, Declaración de la necesidad de su reforma; sancionada el 29 de diciembre de 1993 y promulgada el 29 de diciembre de 1993.
20. Griselda Marina López, "La reforma constitucional argentina de 1994 y el arte de la negociación menemista (1992-1994)". Disponible en la URL: //www.revcienciapolitica.com.ar/num1art4.php.
21. Recordemos que el decreto que consagra el voto de las mujeres fue promulgado en el año 1947.

Los artículos 44 a 76 hacen referencia a los requisitos para ser diputado/a y senador/a y a los mecanismos de elección de cada uno/a de ellos/as, consagrando el Sistema D'Hont en el caso de los/as diputados/as y un número cerrado en el caso de los/as senadores/as: tres por cada provincia y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, garantizando así la representación proporcional conforme la cantidad de habitantes en el caso de los/as diputados/as y la representación igualitaria en el caso de los/as senadoras/es, sin tener en cuenta el tamaño o población de la provincia.

Mientras que el artículo 75 alude a las atribuciones y funciones del Congreso, el artículo 75 inc. 22 otorga jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos y establece el mecanismo para asignar idéntica jerarquía a otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Este mecanismo ha sido acusado de constituir una forma solapada de reformar la Constitución Nacional, sin necesidad de convocar a una Convención Constituyente. Al otorgar jerarquía constitucional a estos instrumentos internacionales de derechos humanos nuestros convencionales constituyentes han incorporado en la parte orgánica derechos, libertades y garantías que no estaban en la parte dogmática tradicional. Es decir, que a partir de la reforma constitucional del año 1994 existe un mecanismo de reforma constitucional que podríamos llamar "indirecto".

Los artículos 77 a 84 indican cómo es el proceso de formación y sanción de las leyes. Mientras tanto, el artículo 85 plantea la existencia de la Auditoría General de la Nación (AGN) como órgano de control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, que brinda información al Poder Legislativo. El artículo 86 crea la figura del/la Defensor/a del Pueblo, como órgano independiente que funciona en el ámbito del Congreso de la Nación y que tiene como principal misión la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución. La figura del/la *Ombudsman* o Defensor/a del Pueblo tal como hoy en día la conocemos, tiene su origen en Suecia, siendo institucionalizada en el año 1809 luego de una disputa entre el rey y el parlamento. La institución, elevada al rango constitucional por el país nórdico, prontamente dio innumerables muestras de su eficacia, siendo entonces adoptada por otro país escandinavo, Finlandia, que lo incluyó en su Carta Magna de 1919. La prometedora evolución de esta figura se retrasó hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial y en 1953 la incorporación que hiciera Dinamarca en su Constitución despertó el interés internacional, que llegó incluso a nuestro país.[22]

Los artículos 87 a 93 hacen referencia a la naturaleza y duración del cargo de presidente/a de la Nación. La reforma constitucional supuso acortar el plazo en el cargo, ya que hasta el año 1994, el/la Presidente/a duraba en su cargo seis años. Actualmente, el plazo es de cuatro (4) años, pudiendo ser reelecto/a en forma inmediata

22. http://www.dpn.gob.ar/historia.php.

por una única vez. Otro dato interesante es que hasta 1994 el/la presidente/a de la Nación era electo/a a través de un Colegio Electoral. En la actualidad, conforme surge de los artículos 94 a 98, el/la presidente/a es electo/a directamente por el pueblo, conformando el territorio nacional un distrito único. Esto significa que la elección se realiza en paralelo en todo el país, al mismo tiempo. Para ganar en primera vuelta es necesario que se cumpla una de las siguientes condiciones:

1. Obtener más del 45% de votos afirmativos.
2. Obtener el 40% de votos afirmativos y tener una diferencia mayor de 10 puntos respecto del/a candidato/a que obtuviera el segundo lugar en la elección.

El artículo 99 indica las atribuciones del Poder Ejecutivo, como por ejemplo, la condición de jefe/a supremo/a de la Nación y responsable político de la administración general del país; promulgar leyes; dictar decretos de necesidad y urgencia y decretos reglamentarios de las leyes; nombrar a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; indultar en casos vinculados con delitos federales; concluir y firmar tratados; ser Comandante/a en Jefe/a de todas las Fuerzas Armadas de la Nación; declarar la guerra con autorización y aprobación del Congreso; y también puede declarar el Estado de Sitio –aunque requiere la aprobación del Senado en el supuesto de ataque exterior y del Congreso en el supuesto de conmoción interior.

A través del artículo 100 la Constitución Nacional pretende atemperar el presidencialismo, creando la figura del jefe de Gabinete. Este cargo tiene responsabilidad política ante el Congreso de la Nación y le corresponde, entre otras funciones, ejercer la administración general del país y las funciones y atribuciones que le delegue el/la presidente/a de la Nación. Los artículos 101 a 107 señalan las responsabilidades de los/as ministros/as, que en nuestro país dependen directamente del/a presidente/a de la Nación y bajo ninguna circunstancia pueden ser miembros del Poder Legislativo.

Los artículos 108 a 115 hablan del Poder Judicial, señalando que lo ejerce una Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales inferiores que el Congreso establece en el territorio de la Nación. Tengamos presente que siendo el nuestro un país federal existe por un lado la justicia ordinaria –que ordena y está bajo la órbita de cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– y por otro lado, la justicia federal. A diferencia del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, los miembros del Poder Judicial conservan su empleo mientras dure su buena conducta, sin límite temporal en el cargo. Asimismo, este es el único Poder en que se exige ejercer una profesión determinada: abogado/a.

El artículo 114 crea el Consejo de la Magistratura, que cuenta con cuatro comisiones (Administración y Financiera; Disciplina y Acusación; Selección

y Escuela Judicial; Reglamentación) y que, entre otras funciones, selecciona mediante concursos públicos a los/as postulantes a las magistraturas inferiores y eventualmente decide la apertura del procedimiento de remoción de magistrados/as, para en su caso ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente.

Los artículos 116 a 119 establecen las atribuciones del Poder Judicial, estipulando la denominada competencia federal extraordinaria y la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El artículo 120 hace referencia al Ministerio Público, en tanto órgano independiente y con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. El Ministerio Público está integrado por un/a procurador/a general de la Nación y un/a defensor/a general de la Nación.

Los artículos 121 a 128, en articulación con el modelo federal de país, aluden a que las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación. También hacen referencia a que cada provincia puede dictar su propia Constitución.

El artículo 129 –novedad introducida por la reforma del año 1994– consagra la Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

Finalmente, la Constitución reformada contiene quince cláusulas transitorias, destinadas a ordenar el traspaso desde la anterior Constitución a la Constitución reformada en el año 1994.

Hasta aquí hemos analizado someramente el texto constitucional, objeto de múltiples debates y diversas interpretaciones. Como futuros/as operadores/as jurídicos debemos comprender la importancia de nuestra Carta Magna y tener presente el lugar que ocupa en la pirámide normativa, junto con el "bloque constitucional federal". En consecuencia, la lectura de nuestra Constitución es una actividad que jamás debemos abandonar, observando que todas las respuestas jurídicas y políticas que sucedan en nuestro país deben respetar dicho bloque de constitucionalidad federal. "Todo en la Constitución; nada fuera la Constitución" debiera ser nuestro lema.

## Bibliografía

Alberdi, Juan Bautista: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*. Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1915. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/bases-y-puntos-de-partida-para-la-organizacion-politica-de-la-republica-argentina--0/html/ff3a8800-82b1-11df-acc7-002185ce6064_8.html#inicio (consultado por última vez el 27 de marzo de 2018).

Bercholc, Jorge O.: *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes del Estado (1935-1998).* Prólogo Dr. Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2004.

Bercholc, Jorge y Sancari, Sebastián: *La Corte Suprema en el Sistema Político.* Buenos Aires, Ediar, 2006.

Bercholc, Jorge O. y Bercholc, Diego J.: *Los discursos presidenciales en la argentina democrática (1983/2011)*. Buenos Aires, Ediciones Lajoune, 2012.

Gargarella, Roberto: "Capítulo VI. En nombre de la Constitución. El legado federalista dos siglos después", en Borón, Atilio, *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx.* Buenos Aires, CLACSO, 2000.

— "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes". CONICET/CMI. Disponible on line en: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_latinoamericano.pdf (consultado por última vez el 8 de febrero de 2018).

— "El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos", en http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf (consultado el 5 de mayo de 2018).

— *La Justicia frente al Gobierno*. Quito, Corte Constitucional para el Período de transición, 2011. (Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Nº3). Especialmente capítulos 5 y 6.

González Mazziotti, Juan Matías: "La Constitución Nacional y la apertura no positivista de su art. 33", Disponible en la URL: http://jusnoticias.juschubut.gov.ar/index.php/actualidad/80-la-constitucion-nacional-y-la-apertura-no-positivista-de-su-art-33

Pigna, Felipe: URL: http://www.elhistoriador.com.ar/articulos/era_de_rivadavia/las_dicotomias_internas_del_unitarismo.php

https://es.wikipedia.org/wiki/Pacto_Federal_(Argentina)

Segovia, Juan Fernando: "Las raíces constitucionales del Estado Argentino. Un estudio de las convenciones de 1853 y 1860". Disponible en la URL: http://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/view/1427/1824.

*Lecturas y material didáctico recomendados*

*Camila*, película dirigida por María Luisa Bemberg y protagonizada por Susú Pecoraro, Imanol Arias y Héctor Alterio. El argumento reproduce la historia de amor –verídica– entre Camila O'Gorman y el sacerdote Ladislao Gutiérrez, durante el gobierno de Juan Manuel de Rosas en Buenos Aires, en la primera mitad del siglo XIX.

Echeverría, Esteban: *El Matadero*. Este clásico de nuestra literatura narra el contexto político durante el gobierno de Juan Manuel de Rosas.

De Miguel, María Esther: *El General, el Pintor y la Dama*. Editorial Planeta, 2013. El general Justo José de Urquiza y el pintor uruguayo Juan Manuel Blanes son protagonistas de esta apasionada historia. María Esther de Miguel ofrece una novela de amor y odio ambientada en las dos márgenes del Río de la Plata, que narra en clave ficcional un hecho real que escandalizó a sus contemporáneos.

Ferro, Gabo: músico e historiador, sobre "La Vuelta de Obligado". Disponible en la URL: https://www.youtube.com/watch?v=uCPCVkuyfC8

Pigna, Felipe: *Los mitos de la historia argentina*.

Para conocer la historia de los nombres de nuestras calles, historias y plazas y así conocer a los personajes célebres que intervinieron en el destino de nuestro país, ver: http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/documents/barrios_calles_y_plazas.pdf

Rivera, Andrés: *El Farmer*. Punto de Lectura, 2002. Exiliado en Inglaterra, Juan Manuel de Rosas, el hombre que dominó los destinos públicos y privados de Argentina durante más de veinte años, se ha convertido en un farmer, un modesto granjero a las afueras de Southhampton. Está solo, se siente vencido, viejo y olvidado por todos.

Obra de teatro *El Farmer*: http://complejoteatral.gob.ar/ver/teatro/10042--EL-FARMER----Teatro-San-Martin

*Zamba en la Vuelta de Obligado*. Disponible en la URL: http://www.pakapaka.gob.ar/videos/100200

# Capítulo VII
# Mecanismos de garantía en la Constitución Nacional

*Tatiana Hirschhorn*

## I. Los derechos humanos

En nuestro sistema jurídico existen herramientas jurídicas destinadas a garantizar la plena protección de los derechos consagrados en la parte dogmática de la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. A continuación haremos una breve mención a las características[1] que tienen los derechos humanos y que nos permitirá facilitar su caracterización, atento lo dificultoso que resulta constreñir su significado a una unívoca definición:

- *Innatos e inherentes.* Todas las personas nacemos con derechos que nos corresponden por el simple hecho de ser personas. La única intervención del Estado consiste en reconocerlos, declararlos y protegerlos normativamente. Esto significa que el Estado no confiere ni otorga derechos; los reconoce.
- *Necesarios*. Los derechos humanos son necesarios en tanto y su reconocimiento por el orden jurídico constituye un deber ineludible del Estado.
- *Imprescriptibles*. Los derechos humanos no se pierden con el transcurso del tiempo ni con el desuso.
- *Oponibles erga omnes*. Los derechos humanos pueden hacerse valer frente a cualquier otro sujeto de derecho, sean personas físicas o jurídicas particulares, personas de derecho público estatales y no estatales. También significa que cualquiera puede hacer valer sus derechos humanos frente al Estado.
- *Universales*. Los derechos humanos son de todas las personas (faz personal) y deben ser respetados de manera uniforme (faz material) por todos los Estados de cualquier sistema político, de cualquier religión y de cualesquiera costumbres sociales.

1. Pablo Manili, *Manual Interamericano de Derechos Humanos,* Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2012.

- *Indivisibles e interdependientes*. Existe una imposibilidad absoluta de jerarquizar los derechos humanos y preferir unos sobre otros. Además existe un vínculo entre ellos que los vincula unos a otros de manera que tienen dependencia entre sí.

Las últimas tres características de los derechos humanos fueron formalizadas a partir de la suscripción de la Declaración y Programa de Acción de Viena del año 2003, que dice "La Declaración y el Programa de Acción de Viena reforzaron importantes principios, entre ellos la universalidad de los derechos humanos y la obligación de los Estados de acatarlos".[2]

En coincidencia con Norberto Bobbio,[3] entendemos que la pregunta que atraviesa hoy a los derechos humanos no es qué son ni cuáles son los derechos humanos, sino cómo y dónde defendemos y garantizamos el ejercicio de estos derechos. En este sentido, la respuesta que podemos brindar a este interrogante consiste en que, en nuestro país, las herramientas de defensa de los derechos humanos son múltiples. No obstante la eficacia de dichos mecanismos dependerá por un lado de nuestra destreza como abogados/as; y por otro lado, dependerá de la eficacia y celeridad del sistema judicial y de sus instituciones.

A continuación desarrollaremos cada uno de los mecanismos internos de defensa de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional e Instrumentos internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque de constitucionalidad federal. Con relación a los mecanismos enumerados será necesario conocer los orígenes de cada uno, sus características, su recepción normativa, los derechos protegidos y la legitimación activa y pasiva en cada uno de los casos.

Con orígenes, nos referimos a que algunas de estas herramientas de defensa de derecho fueron concebidas judicialmente, para luego ser plasmadas en textos normativos originados en el Poder Legislativo. Asimismo, algunas de estas herramientas fueron elevadas a nivel constitucional. Precisamente, el término "recepción normativa" hace referencia a las leyes, artículos constitucionales y/o instrumentos internacionales de derechos humanos que receptan las acciones estudiadas.

Las características aluden a los tiempos y requisitos exigidos para la presentación de las acciones y las herramientas disponibles para los/as habitantes de la Nación Argentina. Atento la urgencia de los derechos en pugna, en muchas ocasiones se contempla cierta flexibilidad que no suele caracterizar a los mecanismos judiciales, más bien propensos al excesivo reglamentarismo y formalidad.

2. http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.
3. Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

Téngase presente que preferimos el término acción por sobre recurso. Las herramientas estudiadas no constituyen un recurso atento a que no son interpuestas contra una decisión anterior sino que por el contrario, consisten en la herramienta que tenemos los habitantes de la Nación Argentina para lograr el efectivo y pleno goce de nuestros derechos y libertades. No recurrimos ninguna decisión anterior, sino que acciones a efectos de lograr el pleno goce efectivo de nuestros derechos humanos.

Los derechos protegidos aluden a cuáles son los derechos que cada una de las herramientas estudiadas protegen, ya que cada una tiene una finalidad específica.

Finalmente, la legitimación activa significa quién o quiénes pueden interponer la acción, mientras que la legitimación pasiva implica contra actos provenientes de quién puede interponerse dicha acción.

Habiendo aclarado los puntos a desarrollar en cada caso, habremos de avocarnos al estudio en particular de las herramientas jurídicas destinadas a garantizar la plena protección de los derechos consagrados en la parte dogmática de la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

## II. Acción de amparo

La acción de amparo surge en nuestro derecho como creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,[4] quien ante la ausencia de herramientas jurídicas y ante la flagrante violación de ciertas libertades de raigambre constitucional, debió instrumentar un mecanismo que no estaba expresamente mencionado en nuestro sistema jurídico. Las cosas sucedieron de la siguiente manera.

*Caso Siri*. Corría el año 1957 cuando Ángel Siri, director y propietario del diario *Mercedes*,[5] presentó una acción de hábeas corpus porque su negocio había sido clausurado a principios de 1956 y continuaba así "mediante custodia policial en el local del mismo". Siri consideraba que la clausura vulneraba la libertad de imprenta y de trabajo que consagran los artículos 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional. Pese a la insistencia del dueño del diario, el jefe de Policía de la provincia de Buenos Aires y el Ministerio de Gobierno de dicha provincia manifestaron ignorar las causas de la clausura y la autoridad que la dispuso. Frente a este escenario y sin herramientas que dieran una rápida solución a la situación planteada, Siri acudió a la justicia.

4. En el derecho romano, en la época de la República (509 a.C.), el pretor era una figura que se ubicaba por debajo del cónsul, siendo su función principal la de administrar justicia. Así, una creación pretoriana implica la creación judicial.

5. El caso analizado tuvo lugar en la localidad de Mercedes, provincia de Buenos Aires.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación[6] comprobó que la clausura había sido dictada sin justificación alguna y procedió a afirmar: "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" y basándose en este principio admitió la acción.

Nótese que el surgimiento del instituto procesal del amparo no recibió esa denominación ni por parte del actor (quien originalmente había presentado un hábeas corpus) ni tampoco en el fallo. No obstante, más allá de la denominación, en forma unánime la doctrina entiende que este acontecimiento constituye el origen de la acción de amparo contra actos provenientes de autoridad pública.

Entre los puntos destacables y teniendo en consideración lo aquí estudiado, el fallo indica:

> El escrito de fs. 1 solo ha invocado la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo que aseguran los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional, la que, en las condiciones acreditadas en la causa, se halla evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción. Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales solo son requeridas para establecer "en qué caso y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación" como dice el artículo 18 de la Constitución a propósito de una de ellas.

Es decir que los derechos, garantías y libertades consagradas en el texto constitucional, existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias. Esta doctrina habrá de ser reflotada en diversas oportunidades por la Corte Suprema y volveremos a ella en otros capítulos.

*Caso Kot*. En 1958 la Corte Suprema enfrentó la resolución de un caso de similares características al caso Siri aunque la legitimación pasiva será diferente. La empresa Samuel Kot SRL era propietaria de una fábrica que había sido tomada por sus empleados como consecuencia de un conflicto laboral. Luego

6. Integrada en aquel entonces por Alfredo Orgaz, Manuel J. Argañarás, Enrique V. Galli, Benjamín Villegas Basavilbaso y Carlos Herrera –quien votó en disidencia.

de intentar realizar una denuncia por usurpación, Kot interpuso una acción de amparo, invocando la afectación de "garantías a la libertad de trabajo (art. 14); a la propiedad (art. 17); y a la libre actividad (art. 19) de la Constitución Nacional".

La Corte hizo lugar al planteo ampliando la jurisprudencia que había consagrado en el caso "Siri" aclarando que si bien en aquella oportunidad la restricción ilegítima provenía de la autoridad pública y no de actos de particulares, "tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional". Admitiendo que existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33 CN), ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y a priori toda restricción que emane de personas privadas.

En pleno auge de la Revolución Argentina[7] fue "promulgada y sancionada"[8] la Ley N°16.986 que llevó por título "Acción de Amparo". Durante este período el gobierno de facto estuvo regido por el Estatuto de la Revolución Argentina, que teóricamente gozó del mismo nivel jurídico que nuestra Constitución Nacional. La referida normativa, que fuera sancionada y promulgada por el presidente de facto Onganía, en atribución de la suma del poder público, pese a su carácter ilegítimo e ilegal, continúa vigente en la actualidad.

No obstante, a partir de la incorporación del artículo 43 de nuestra Constitución Nacional, muchos de los preceptos de la Ley 16.986 han sido declarados inconstitucionales. Por cuestiones metodológicas encontrarán al final del capítulo un Anexo donde los artículos pertinentes de la Ley 16.986 están transcriptos y analizados a la luz de la actual interpretación.

Mientras que la citada ley reglamenta lo relativo al amparo contra actos provenientes de autoridad pública, al amparo contra particulares se le asigna el procedimiento sumarísimo consagrado en el artículo 498 del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación. Que el procedimiento sea sumarísimo significa que los plazos procesales son cortos y que el procedimiento está destinado a garantizar el pleno goce del derecho con urgencia.

La reforma constitucional del año 1994 consagró constitucionalmente la acción de amparo en su artículo 43, dentro del capítulo denominado "Nuevos derechos y garantías". En consecuencia, tanto la Ley N°16.986 como el artículo

7. Este fue el nombre con que se autodenominó el golpe de Estado que derrocó al presidente constitucional Arturo Illia en 1966. Este golpe de Estado tuvo a su vez dos golpes internos, sucediéndose los dictadores en el siguiente orden: Juan Carlos Onganía (1966-1970); Roberto Marcelo Levingston (1970-1971); y Alejandro Agustín Lanusse (1971-1973).

8. Las comillas se deben a que durante los Golpes de Estado el Poder Legislativo no funciona regularmente; en consecuencia, no podemos hablar de sanción de leyes propiamente dicha. Además, la promulgación por parte de alguien que ocupa ilegal e ilegítimamente el Poder Ejecutivo no es propiamente promulgación.

498 del CPCCN son considerados reglamentarios de la acción de amparo contemplada en el artículo 43 de la Constitución Nacional; salvo en aquellos puntos donde existiera una contradicción.[9] En esos casos, teniendo en cuenta el principio que establece que "la ley superior deroga a la inferior", prevalece la Constitución Nacional.

En lo relativo a la acción de amparo, el artículo 43 de la Constitución Nacional dice:

> Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.
> Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

*Legitimación activa*

La legitimación activa permite clasificar entre amparo individual y amparo colectivo.

Al amparo individual puede interponerlo toda persona (física o jurídica) que esté siendo afectada por la acción u omisión, sea esta acción u omisión culposa (por negligencia) o dolosa (con intención) contra el sujeto obligado, es decir, contra autoridades públicas o contra particulares.

Mientras tanto, al amparo colectivo puede interponerlo la persona afectada y también puedo hacerlo el Defensor del Pueblo o alguna organización no gubernamental (ONG), pero solo procede en los supuestos mencionados en el segundo párrafo del artículo 43. Con relación al concepto de "usuarios" nos referimos a aquellas personas que utilizan los servicios públicos, tales como el transporte, el agua corriente, la electricidad, el gas, la recolección de basura, etc. Mientras

9. Existencia de remedios administrativos; imposibilidad de presentar la acción contra actos provenientes del Poder Judicial; imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas a través de una acción de amparo; plazo de 15 días para la interposición de la acción.

tanto, la referencia a "consumidores" implica a aquellas personas que pagan un precio por el acceso a determinados bienes y en consecuencia están legitimados a reclamar por los mismos.

*Legitimación pasiva*

La acción de amparo puede interponerse contra actos y/u omisiones provenientes de particulares y también contra actos y/u omisiones provenientes de autoridad pública.

*Consagración normativa*

Aunque fue una creación pretoriana, actualmente la acción de amparo está consagrada en el artículo 43 de la Constitución Nacional, Ley N°16.986, arts. 321 y 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

*Derechos tutelados*

La acción de amparo protege todos los derechos de las personas, excepto la libertad ambulatoria y la privacidad de los datos.

*Características de la acción de amparo*

Es una acción expedita y rápida, es decir, no admite mayores dilaciones y debe proceder con celeridad.

*Jurisprudencia*

En este apartado mencionaremos algunas acciones de amparo cuya importancia trascendió el caso concreto y sirvió de fundamento para futuras acciones similares.

En materia de amparos colectivos, uno de los primeros casos data del año 1996 y fue presentado por Mariela Viceconte,[10] quien, mientras realizaba la práctica profesional en el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) en tanto

10. "Viceconte, Mariela C. c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo Ley N°16.986".

alumna del último año de la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, fue actora en esta causa.

La acción de amparo pretendía obligar al Estado argentino a fabricar la vacuna Candid 1, fundándose en el derecho a la salud de la propia accionante y el en derecho a la salud de las personas en riesgo de contraer la enfermedad llamada fiebre hemorrágica argentina. Lo cierto es que al momento de la presentación, la población en esta situación era aproximadamente 3.500.000 –tres millones quinientas mil– personas.

Mariela Viceconte –a quien en adelante llamaremos "la actora"– en nombre propio y de todos/as los/as potenciales enfermos/as, planteó la violación de la obligación de prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas y endémicas y la lucha contra ellas contenida en el artículo 12.2.c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que tiene jerarquía constitucional. La medida sanitaria más efectiva para combatir la enfermedad es el suministro de la vacuna Candid 1 cuya efectividad está en el orden del 95% y ha sido avalada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Esta vacuna integra el conjunto de las denominadas "huérfana", pues su producción no resulta rentable para los laboratorios.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal consideró que las omisiones del Estado en la implementación del proceso de producción de la vacuna constituían una violación al derecho a la salud en los términos del art. 12 del PIDESC. En consecuencia, estableció la obligación del Estado de fabricar la vacuna y le ordenó cumplir estrictamente y sin demoras con el cronograma que el propio Ministerio de Salud había elaborado al efecto. Además, dando cuenta de la importancia de realizar un seguimiento sobre las sentencias judiciales, la Cámara encomendó al Defensor del Pueblo de la Nación el seguimiento y control del cronograma.

En este orden de ideas, el caso analizado ejemplifica el rol positivo que el Poder Judicial puede desempeñar en el control de políticas públicas así como en la asignación y ejecución de partidas presupuestarias. La sentencia reafirma además el papel de garante del Estado cuando determinadas prestaciones de salud no resultan rentables o convenientes para la actividad privada.[11]

Otro ejemplo ilustrativo y que podríamos sindicar como el amparo colectivo que mayor trascendencia tuvo en nuestro país fue el presentado por Beatriz Mendoza. Este caso trascendió no solo como ejemplo de amparo colectivo sino también y muy particularmente como un caso de accountability social. Un grupo de vecinos, encabezados por Beatriz Mendoza, interpuso una demanda contra el

11. "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)" (M.1569.XL).

Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y también contra 44 empresas, por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación del río Matanza-Riachuelo. En este caso, la Dra. María José Lubertino, nuestra titular de cátedra, tuvo una activa participación, especialmente en el seguimiento de la ejecución de la sentencia junto con otras organizaciones no gubernamentales.

A continuación mencionaremos los principales puntos de la demanda:

> Se responsabiliza al Estado Nacional al producirse la situación denunciada sobre una vía navegable e interjurisdiccional, respecto de la cual este tiene facultades de regulación y control, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75, incisos 10 y 13 de la Constitución Nacional.
> Atribuyen responsabilidad a la provincia de Buenos Aires por tener el dominio originario sobre los recursos naturales existentes en su territorio, de conformidad con lo establecido en los arts. 121 y 124 de la Ley Fundamental.
> También responsabilizan a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de corribereña del Riachuelo, el que constituye, en el área de su jurisdicción, un bien de su dominio público, y además, al estar obligada a utilizar equitativa y razonablemente sus aguas y el resto de los recursos naturales del río, su lecho y subsuelo, sin causar perjuicio sensible a los demás corribereños, por tener su jurisdicción sobre todas las formaciones insulares aledañas a sus costas, con los alcances permitidos por el Tratado del Río de la Plata y porque le corresponde preservar la flora y la fauna de su ecosistema, como reserva natural, según lo señala el art. 81 de la Constitución local.
> Demandan a las empresas aledañas por volcar directamente al río los residuos peligrosos, por no construir plantas de tratamiento, por no adoptar nuevas tecnologías y por no minimizar los riesgos de su actividad productiva.

El 20 de junio de 2006 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia e intimó a los demandados a que presenten un plan de saneamiento de la Cuenca, mientras que a las empresas les requirió que informen sobre los recaudos que toman para detener y revertir la contaminación de la zona.

Luego de algunas audiencias entre las partes involucradas, el 8 de julio de 2008 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo histórico en la causa "Mendoza Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", por medio del cual determinó la responsabilidad que le corresponde al Estado

Nacional, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires en materia de prevención y recomposición del daño ambiental existente en la Cuenca.[12]

La importancia de este fallo (que nuevamente reivindica el rol activo del Poder Judicial y su papel de garante del goce y ejercicio pleno de derechos) surge de la practicidad que caracteriza al amparo colectivo. El amparo colectivo supone una optimización de recursos y una reducción de los costos propios del litigio. Es de imaginar el colapso del Poder Judicial si cada uno de los vecinos y vecinas afectados por la contaminación el Riachuelo hubiera interpuesto una demanda individual. Aunque queda un largo camino por recorrer en materia de amparos colectivos, los ejemplos señalados constituyen claras señales tanto por parte de la sociedad civil y su capacidad de organización como por parte del Poder Judicial de brindar respuestas satisfactorias frente a graves problemas colectivos.

## III. Acción de hábeas corpus

La acción de hábeas corpus tiene por objeto inmediato proteger la libertad ambulatoria, es decir, la libertad de moverse de las personas. La raíz del concepto significa "traer el cuerpo" de una persona ante el juez o jueza. Una aclaración que nunca está de más: nos referimos a traer a la persona viva ante el juez o jueza, ¡no un cadáver! El porqué de la aclaración será develado si continúan leyendo el texto.

### *Legitimación activa*

Con relación al hábeas corpus, existe una legitimación amplia, en tanto cualquier persona puede interponer esta acción; no siendo necesario acreditar ningún tipo de vínculo con la persona privada ilegítimamente de su libertad para interponer esta acción en su nombre. Tan amplia es la legitimación que incluso un completo desconocido puede presentar esta acción. La amplitud de la legitimación en esta acción surge a partir de la imposibilidad fáctica de garantizar derechos que surge a partir de la privación ilegítima de la libertad.

### *Legitimación pasiva*

La acción de hábeas corpus procede única y exclusivamente contra actos provenientes de autoridad pública. En términos generales, entendemos por autoridad

12. Disponible en la URL: www.farn.org.ar/participacion/riachuelo/index.html.

pública las fuerzas de seguridad (Policía Federal, Policías Provinciales y Locales, Gendarmería y Prefectura) aunque debemos tener presente que también abarca a funcionarios públicos en ejercicio de su función. Así, podríamos interponer una acción de hábeas corpus por una persona privada ilegítimamente de su libertad en una comisaría o también en un hospital psiquiátrico.

Téngase presente que en aquellos casos donde la privación de la libertad ambulatoria proviene de un particular (como por ejemplo, en un secuestro extorsivo) estamos ante la comisión del delito de privación ilegítima de la libertad que deberá ser denunciado y castigado penalmente, pero en cuyo caso no procede la acción de hábeas corpus.

### *Derechos protegidos*

La acción de hábeas corpus protege la libertad ambulatoria de las personas. Y en un giro progresista, la reforma constitucional del año 1994 dispuso que en nuestro país a través de esta acción se protege el derecho de las personas privadas legítimamente de su libertad a que las condiciones de detención sean óptimas, debiendo ser las cárceles de la Nación "sanas y limpias".

### *Clasificación*

a) *Hábeas corpus reparador.* Esta acción puede presentarse cuando el derecho lesionado es la libertad física o ambulatoria de una persona y en general se refiere a los casos de detenciones o arrestos ilegales, es decir, cuando la detención se realiza sin orden del juez o violando las garantías constitucionales que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional.

b) *Hábeas corpus restringido*. Corresponde esta acción cuando se restringe la libertad ambulatoria de una persona sin llegar a la privación de la libertad absoluta dentro de un establecimiento carcelario y/o policial. Hasta el año 2011 –cuando el Ministerio del Interior quedó a cargo de la confección de cédulas y pasaportes– era habitual interponer esta acción frente a la demora injustificada en otorgar un pasaporte (tarea que estaba en manos de la Policía Federal y que podía llevar meses, o incluso años). La interpretación consistía en que al negarse este documento la persona no podía salir del país y en ese caso, estaba siendo privada ilegalmente de su libertad ambulatoria.

c) *Hábeas corpus preventivo.* Procede cuando existe un hostigamiento, una amenaza o persecución hacia una persona y tiene por objeto que, a través de una intervención judicial, la policía brinde explicaciones respecto a los motivos de dicho hostigamiento o persecución.

d) *Hábeas corpus correctivo*. Esta acción está íntimamente relacionada con la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija hará responsable al juez que la autorice". Es decir, las cárceles deben ser espacios sanos y limpios. Allí donde no cumplan con dichas características, las personas privadas de su libertad están en condiciones de interponer una acción de hábeas corpus correctivo contra las autoridades carcelarias.

e) *Hábeas corpus por desaparición forzada de personas*. La consagración normativa del hábeas corpus por desaparición forzada significa saldar una deuda para con nuestra propia historia institucional y, en íntima conexión con el artículo 36 de la Constitución, nos recuerda que las garantías constitucionales mantienen su vigencia en cualquier circunstancia –incluso, durante el estado de sitio.

## *Consagración normativa*

La libertad constituye la base necesaria para que las personas podamos ejercer plenamente nuestros derechos. En consecuencia, la libertad constituye un derecho humano inalienable. En este sentido, la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, dictada en el año 1776, dice: "… Mantenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que su creador les atribuye derechos inalienables, entre los que se cuentan la vida, la libertad y la búsqueda de la libertad".

En la Revolución Francesa, la libertad es la base primordial de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde queda consagrada como una garantía indisoluble del ciudadano como sujeto de derecho.

En nuestra Constitución Nacional la libertad está consagrada en el artículo 14 de la Constitución Nacional,[13] y la Ley Nº23.098 que garantiza dicha libertad fue sancionada y promulgada en el año 1984, durante el gobierno de Raúl Alfonsín, una vez recuperada la democracia en nuestro país.

En el año 1994 la acción de hábeas corpus fue consagrada en la Constitución Nacional, cuyo artículo 43 indica en su cuarto párrafo:

13. Artículo 14, Constitución Nacional: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

> Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

*Jurisprudencia y casos paradigmáticos*

En este apartado la selección de casos jurisprudenciales incluye algunos casos paradigmáticos que destacan la importancia de la acción de amparo a la hora de garantizar la libertad ambulatoria de las personas en nuestro país.

En materia de acción de hábeas corpus clásico, estudiaremos el caso de Luciano Arruga,[14] un joven que el 31 de enero de 2009 fue detenido por la policía a pocas cuadras de su casa. Con posterioridad a su desaparición, tres presos declararon en la justicia que lo vieron esa noche en la comisaría octava de La Matanza desvanecido por una paliza. Luego habría pasado por el destacamento policial de Lomas del Mirador.[15] Luciano, para poder vivir –o sobrevivir– cartoneaba[16] y en más de una oportunidad denunció que la policía le ofreció "trabajar" para ellos. Es decir, le habrían ofrecido robar a cambio de protección institucional. La respuesta negativa de este joven concluyó en su desaparición, que fue caratulada como "desaparición forzada de persona".[17] En octubre del año 2014 el cuerpo de

14. Un extracto del hábeas corpus presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) puede leerse en http://www.cels.org.ar/common/documentos/HC%20Luciano%20Arruga.pdf.

15. Este destacamento fue creado luego del secuestro y asesinato de Axel Blumberg, ante los reclamos de justicia y mayor seguridad de los vecinos de la zona.

16. Les recomendamos "Salta la banca", una banda de música que tiene un disco homenaje a Luciano, titulado "COPLA" (Canto Obligado Por Luciano Arruga).

17. La participación de las fuerzas de seguridad quedó demostrada por ciertos indicios claros. En el mes de julio de 2009 una pericia determina que los libros de detenidos que llevaba la dependencia policial estaban adulterados. Había nombres tachados, incluso con corrector, la noche de la desaparición de Luciano y otras anteriores. El Ministerio de Seguridad provincial no sancionó a ningún policía.
En agosto de 2012, en medio del estancamiento de la pesquisa, y luego de varios pedidos, el gobernador Daniel Scioli recibe a la familia, acompañada por APDH La Matanza y la Comisión Provincial por la Memoria. En enero de 2013, a pocos días de cumplirse el cuarto aniversario de la desaparición de Luciano, el juez criminal de La Matanza, Gustavo Blanco, declinó su competencia y la causa pasó al fuero federal. La recibe el juez federal de Morón Juan Pablo Salas. Además, la causa se recaratuló de "averiguación de paradero" a "desaparición forzada". En el mes de febrero de 2013 Damián Sotelo, Ariel Herrera, Daniel Vázquez, Sergio Fekter, Emiliano Márquez, Néstor Díaz, Hernán Zeliz y Damián Borrego fueron pasados a disponibilidad.

Luciano fue identificado enterrado como NN en el cementerio de la Chacarita. No obstante, está pendiente de resolución el conocer qué sucedió efectivamente y cómo llegó el cuerpo sin vida de Luciano a dicho lugar.

Ejemplo de hábeas corpus preventivo es el del caso de la comunidad Qom "La Primavera", en la provincia de Formosa. En el año 2010 esta comunidad indígena, de poco más de ochenta integrantes, era asediada por policías que habían acampado a pocos metros de su residencia y quienes por las noches "patrullaban" a caballo por entre las precarias viviendas de los habitantes de la comunidad. Félix Díaz, dirigente de la comunidad, presentó un hábeas corpus preventivo para conocer la naturaleza y los motivos de esta persecución. A través del juzgado interviniente, que libró oficios a la Policía local, pudo saberse que no había motivo alguno para que fueran "vigilados/as" y hostigados/as en forma permanente.[18]

Efectivamente, este ejemplo demuestra cómo el hábeas corpus preventivo está destinado a conocer los motivos por los cuales una persona está siendo investigada, hostigada o perseguida por autoridad pública. Una vez que dicha autoridad informa los motivos de la investigación, cesa el objeto de la acción. No obstante, si no hubiera motivos, la autoridad pública deberá cesar en su hostigamiento y/o persecución.

Como ejemplo de hábeas corpus correctivo, señalaremos que en el año 2005, en su carácter de representante del Centro de Estudios Legales y Sociales, Horacio Verbitsky interpuso una acción por la situación de las cárceles en la provincia de Buenos Aires y por la detención de personas menores de edad y enfermos en las comisarías, que fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Verbitsky, Horacio –representante del Centro de Estudios Legales y Sociales–. Hábeas corpus. Rec. de casación. Rec. extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley".

Al conocer en el recurso de hecho deducido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la Ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención. En este orden de ideas la Corte Suprema dispuso que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos. Al mismo tiempo la Corte Suprema instruyó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la Provincia para

18. Lamentablemente, unos meses después, el conflicto entre la policía y la comunidad indígena derivó en un desastre que incluyó la destrucción de las viviendas precarias de los integrantes de la comunidad y en la muerte de miembros de la comunidad y de un policía.

que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ordenó al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.) a fin de que estos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Como otra manera de velar por el cumplimiento de la manda constitucional del artículo 18 de la Constitución Nacional relativo a las condiciones carcelarias, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires informe las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia.[19]

Otra organización cuyo labor en la lucha por los derechos de las personas privadas de su libertad es loable, es el Comité contra la Tortura de la Comisión por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires, creado en el año 2003 con el objetivo de intervenir en los casos de abuso policial, violencia institucional, y violaciones a los derechos humanos en los lugares de detención. Conforme revelan los datos recogidos por esta organización, el 26 de marzo de 2010 se alojaban en 54 cárceles bonaerenses 26.092 personas y en 310 comisarías había 4.040 detenidos: un total de 30.132 detenidos. La provincia de Buenos Aires mantiene un nivel de sobrepoblación crítico, sin perjuicio de la construcción de nuevas unidades y alcaidías. Según el parámetro utilizado por el gobierno provincial en marzo de 2008 y tomando en cuenta la situación de cárceles y dependencias policiales, la sobreocupación del sistema sería del 64%. La existencia de más de 4000 personas en dependencias policiales –lugares que no están preparados para alojar detenidos/as– es la manifestación más cruda del hacinamiento y la sobreocupación del sistema en su conjunto.[20]

Estas graves violaciones a los derechos humanos ocurren no solo en la provincia de Buenos Aires.[21] Las cárceles de Mendoza son asiduamente visitadas

19. V. 856. XXXVIII. Recurso de Hecho Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus. Disponible enla URL: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=582458.

20. Informe Anual 2010, Comité contra la Tortura, Comisión Provincial por la Memoria.

21. Probablemente conocen la canción "Pabellón Séptimo", del Indio Solari, que relata un motín en la cárcel de Devoto ocurrido en el año 1978. La canción está dedicada a Luis María

por representantes de organismos internacionales que denuncian las condiciones de detención en esa provincia.[22]

Finalmente, una anécdota arroja luz sobre la importancia y la impronta histórica en la reivindicación del derecho a la libertad ambulatoria que conlleva la acción de hábeas corpus. El 6 de julio del año 1977 tuvo lugar un hecho aberrante que sería conocido como "La noche de las corbatas".[23] En particular, nos referiremos al caso de Norberto Oscar Centeno, un reconocido abogado laboralista y especialista en Derecho del Trabajo. Centeno había escrito dos libros, numerosos artículos y era el autor de las Leyes de Contrato de Trabajo y de Asociaciones Profesionales, las cuales habían sido suspendidas por la dictadura. La noche del 6 de julio de 1977, Norberto Centeno fue secuestrado en el marco de la tristemente célebre "Noche de las corbatas", durante la cual varios/as abogados/as fueron secuestrados en Mar del Plata. Centeno fue llevado a un centro clandestino de detención ubicado en la Base Aérea de Mar del Plata, donde falleció durante una sesión de tortura. Su cuerpo apareció el 11 de julio en el camino viejo a Miramar, con visibles golpes en diversas partes del cuerpo. Se dejó constancia en el certificado de defunción que su muerte databa del día 9 de julio y se dio como causa del deceso "shock traumático hemorrágico". La Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) ha instaurado el 6 de julio como el "Día Nacional del/a Abogado/a víctima del terrorismo de Estado". Muchos/as abogados/as fueron desaparecidos/as durante la última dictadura militar como consecuencia de su lucha en defensa de los derechos de las personas desaparecidas. La herramienta jurídica que utilizaron para buscar a quienes se hallaban privados/as ilegalmente de su libertad era la acción de hábeas corpus; vaya paradoja, ellos/as mismos/as fueron víctimas de esta maquinaria cruel y siniestra.

La imaginación debe primar a la hora de dar respuesta ante las injusticias. Como ciudadanos/as comprometidos/as con la plena vigencia del Estado de Derecho y de los derechos humanos, tenemos que preguntarnos para qué sirve el derecho. Esta obligación va más allá de nuestro carácter de estudiantes, que es eventual; la construcción y consolidación del sistema democrático requiere de

---

Canosa, un amigo de "el Indio" que fue preso por portación de marihuana y murió víctima de la quema de colchones en el susodicho episodio.

22. Sugerimos la lectura de las observaciones del Comité de Derechos Humanos 117º período de sesiones 20 de junio a 15 de julio de 2016 Tema 5 del programa Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto disponible en la URL: http://acnudh.org/wp-content/uploads/2016/07/CCPR_C_ARG_CO_5_24580_S.pdf. También pueden ver las observaciones hechas con relación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el año 2010 disponible en la URL: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.ARG.CO.4_S.pdf

23. Recuperado el 06/03/2014 de la URL: www.desaparecidos.org/arg/victimas/c/centenon/.

ciudadanos comprometidos que conozcan y defiendan sus derechos. El derecho no solo es un instrumento del poder sino que también es una garantía contra el poder. Así, podríamos pensar en qué casos corresponde la aplicación de esta herramienta.

En este orden de ideas, un caso singular es el del Hospital María Ferrer, un centro de rehabilitación respiratoria ubicado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el año 1956 hubo en la Argentina una epidemia de poliomielitis[24] que dejó secuelas motrices y respiratorias irreversibles en cientos de niños/as de todo el país. Al lado del Hospital se construyó un hogar para todos/as aquellos/as niños/as que no podían volver a su casa. Aunque pensado como medida transitoria, este hogar continúa en funcionamiento y muchas personas viven allí sin poder moverse en forma autónoma, ya que necesitan asistencia respiratoria permanente, porque los músculos que posibilitan la respiración no funcionan cuando las personas con polio duermen. Las condiciones en que se halla actualmente este nosocomio son deplorables. En el Hogar funciona la Fundación Vitra[25] (para vivienda, trabajo y capacitación del lisiado [*sic*]) que lleva adelante un proceso de privatización de este hospital que depende del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En casos como el señalado podría interponerse eventualmente una acción de hábeas corpus a favor de aquellas personas consideradas impedidas de su derecho a la libertad ambulatoria por parte de autoridad pública –un hospital dependiente del Gobierno de la Ciudad–. Probablemente encuentren otros ejemplos cotidianos donde esta herramienta deviene necesaria y donde en nuestra calidad de operadores jurídicos podemos hacer uso de ella.

## IV. Acción de hábeas data

Pensar la acción de hábeas data implica contextualizarla en tiempo y espacio. Cuando dicha garantía constitucional fue incorporada a nuestra Carta Magna, internet era aún una ilusión. Tanto es así que recién en 1995 se vendieron en la Argentina las primeras conexiones a Internet.[26]

La lectura de los debates que precedieron a la reforma constitucional del año 1994 dan cuenta de los motivos que tuvieron en miras los convencionales constituyentes a la hora de incluir esta garantía:

24. La vacuna Sabin, incluida en el calendario de vacunación de la República Argentina, previene esta enfermedad.
25. www.fundacionvitra.org.ar.
26. https://interred.wordpress.com/1996/02/14/historia-de-internet-en-argentina-1995/

> Se hace referencia a un ámbito de derechos personales del mundo contemporáneo, donde el procesamiento de la información, la acumulación y la circulación han generado amenazas reales a la libertad y a otros derechos personales de los argentinos. Todos nosotros hemos vivido períodos oscuros de la historia nacional. Pero gracias a Dios, individual y colectivamente, hemos logrado sobrevivir y superarlos. Esta Convención es la expresión histórica, no solamente de nuestra capacidad de supervivencia en esos períodos oscuros de la historia argentina, sino también de nuestra capacidad de superarlos. Estoy convencido de que estamos abriendo una puerta al futuro que deja atrás el período sombrío. No hay ningún convencional sentado en esta sala que no sepa a qué me estoy refiriendo cuando digo que existe el riesgo en la acumulación y manipulación sobre las personas que puede producir un daño actual y real. Esta es una medida excepcional, no es un mero interdicto procesal, por lo tanto es cierto que cumple con los requisitos del amparo. Para que no existan dudas acerca del tipo de riesgo, informo que no somos redundantes al aclarar que no estamos refiriéndonos a la información pública ni a ninguna cuestión que pueda rozar el derecho a la libertad de prensa, la cual está garantizada en nuestra Constitución Nacional. Por lo expuesto, se menciona expresamente algo que nunca se había dicho antes en el orden jurídico y esto es la protección del derecho profesional del periodismo.[27]

En consecuencia, la acción de hábeas data –nombre que no surge explícitamente de la Constitución Nacional sino que está explicitado en los referidos debates– está pensada como herramienta de protección de la vida privada y de la privacidad de los datos. Sin embargo, treinta años después, la garantía constitucional ha devenido, en ciertos aspectos, demasiado rígida dados los tiempos que corren. Una vez finalizada la descripción de la acción, volveremos sobre este tema.

### *Consagración normativa*

La acción de hábeas corpus surge en nuestro sistema jurídico en el año 1994 y fue consagrada también en el artículo 43 de la Constitución Nacional, que dice:

> Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o

27. Convención Nacional Constituyente, 29ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 11 de agosto de 1994. Disponible en la URL: http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm#Art. 43.

> bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Posteriormente, la acción fue reglamentada a través de la Ley N°25.326, "Ley de Protección de Datos Personales" (sancionada el 4 de octubre de 2000 y promulgada parcialmente el 30 de octubre de 2000), cuyos principales puntos podrán encontrar en el anexo normativo que acompaña a este capítulo.

*Derecho tutelado*

La acción de hábeas data protege la privacidad de los datos de las personas. En particular, la ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43 párrafo tercero de la Constitución Nacional. Es decir, la norma, a través de la protección de los datos, protege el honor y la dignidad de las personas, tanto físicas como jurídicas.

*Legitimación activa*

La legitimación activa está en cabeza del sujeto titular de la información, es decir, de la persona afectada. En caso que se trate de una persona menor de edad, la acción puede presentarla la madre o el padre, el tutor o la tutora, en su carácter de representante de esta persona.

*Legitimación pasiva*

La acción de hábeas data puede presentarse contra el banco de datos que posee la información; ya sea un banco de datos público o privado. Para tener la calidad de "banco" de datos es necesario estar inscripto con este carácter ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Una persona que simplemente acumula información –como por ejemplo, un/a periodista o un/a investigador/a– no es un banco de datos y por ende no corresponde una acción de esta índole en su contra.

*Clasificación de los datos*

La norma distingue entre "datos personales" (información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables) y "datos sensibles" (datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual). Atento la especial protección que ameritan los datos sensibles es que, por ejemplo, el Ministerio de Salud de la Nación encripta la información relativa a personas que conviven con VIH (virus de inmunodeficiencia humana, también conocido por sus siglas en inglés, HIV), en nuestro país. Por cuestiones de política sanitaria el Ministerio de Salud debe llevar un registro de las personas que conviven con este virus. No obstante, tratándose de información que reviste el carácter de "sensible", la misma es encriptada, es decir, es codificada para que no sea posible relacionar datos con alguna persona en particular. Los datos sensibles merecen una protección especial ya que hacen a nuestra identidad. El titular del dato, es decir, la persona que según señalamos más arriba puede interponer la acción de hábeas data, tiene un especial derecho denominado "derecho de acceso" y en consecuencia puede solicitar al banco de datos conocer la información que dicho banco posee relativo a su persona (confr. artículo 14, Ley N°25.326).

Otro derecho particular y específico es el derecho de rectificación, actualización o supresión. La rectificación supone la modificación de un dato; la actualización se refiere a traer al momento actual un dato que ha quedado caduco, viejo. Y finalmente, la supresión implica la eliminación de ese dato. Sintetizando, podemos indicar que las finalidades que persigue la acción de hábeas data son: conocer; rectificar; actualizar y/o suprimir un dato, siempre y cuando el dato sea recogido por un bando de datos, público o privado. Por último, nos parece importante señalar que en la sociedad actual, donde están a nuestra disposición nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs), que permiten el acceso ilimitado a Internet, y en pleno auge de la globalización, la privacidad, como valor, en los términos que la hemos conocido hasta la actualidad, está en constante tensión y sus límites no pueden ser claramente delimitados. A nivel internacional existe la misma preocupación, que lleva al desarrollo de nuevas herramientas de protección. No obstante, se trata de un campo aún muy somero.[28]

28. En mayo de 2013, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respaldó el "derecho al olvido", al señalar que los motores de búsqueda, tales como Google y otros, deben retirar los enlaces a informaciones publicadas en el pasado si se comprueba que perjudican a un/a ciudadano/a y no son ya pertinentes.

*Jurisprudencia y casos paradigmáticos*

Actualmente los/as magistrados/as de nuestro país deben resolver numerosas demandas presentadas por personalidades públicas (y otras veces, "simples ciudadanos/as") que ven afectada su privacidad a partir de la exposición en redes sociales. Uno de los casos más relevantes (y mediáticos) fue el de Virginia Da Cuhna, cantante del grupo musical Bandana.

La cantante Da Cunha había demandado a Yahoo y Google porque en las búsquedas correspondientes a su nombre aparecían sitios de contenido sexual. En septiembre de 2013, la procuradora fiscal Laura Monti sostuvo que los buscadores de internet no son responsables por el contenido de los sitios que relevan y consideró que los buscadores se limitan a indexar sitios de terceros. La causa llegó a la Corte Suprema luego de que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmara un fallo de primera instancia, que había desestimado el pedido de condena contra Yahoo de Argentina SRL y Google Inc. para que indemnizaran a Da Cunha por daños y perjuicios y la revocara en cuanto al pago por daño moral que se había ordenado. Además, la Cámara ordenó la eliminación de las vinculaciones a los sitios individualizados por la demandante, pero no consintió que sean suprimidos todos los que incluyeran imágenes o su nombre. Ante esa resolución, Da Cunha interpuso recurso en queja. En su dictamen ante la Corte Suprema, la procuradora fiscal Monti explicó que el conflicto se presenta "entre el derecho al honor, a la imagen y a la intimidad que invoca la actora y el derecho a la libertad de expresión que atañe a las demandadas". En ese sentido, consideró que debe aplicarse al caso la doctrina de la Corte en materia de responsabilidad de los medios de comunicación por los dichos de otros, que se conoce como doctrina "Campillay". El Máximo Tribunal estableció allí que "a efectos de garantizar un razonable equilibrio entre la libertad de expresión y la protección del honor personal, [parece justo] exigir que el que propale la noticia acredite judicialmente que ha invocado la fuente y que sus dichos coincidan sustancialmente con aquella", citó Monti, y precisó: "es lo que acontece en este supuesto, toda vez que […] los buscadores de Internet se limitan a reproducir en sus resultados la información de sitios creados por terceros, mencionando expresamente de dónde ella proviene". En diciembre de 2014 la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina dictó sentencia y sostuvo que los buscadores no deben ser los jueces de la legalidad de los contenidos en Internet. En términos prácticos el fallo constituye un respiro para Google, que en Europa debe responder a la ley del derecho al olvido, que habilita a los ciudadanos a pedirle que deje de listar páginas específicas con contenido sobre esa persona que considera desactualizados o perjudiciales. Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el único responsable del contenido de una página es el autor o titular del sitio

que los buscadores indexan, y no el buscador (Google, Yahoo, Microsoft Bing, Ask). Téngase presente que la búsqueda por imágenes tiene la misma protección constitucional que la búsqueda por texto.

Aunque el caso planteado puede parecer un tanto extravagante se presenta como cotidiano cuando pensamos en situaciones que podrían sucederle a un/a cliente/a que se acerca a solicitar nuestra consulta profesional. Incluso, podríamos ser nosotros/as mismos/as los protagonistas de una lesión al derecho a la privacidad e intimidad de los datos. Existe aquí lo que Hans Kelsen denominaría una "laguna normativa"; una ausencia de respuesta dentro de nuestro sistema legislativo; un vacío legal que prontamente deberá ser resuelto.

En este capítulo hemos desarrollado las garantías constitucionales que permiten el pleno goce de derechos, libertades y garantías consagradas constitucionalmente. Cada una de estas herramientas ha sido receptada en el derecho interno y permiten la defensa diaria de nuestros derechos cuando los mismos no pueden ser ejercidos por las vías habituales. Existen además contextos cuya envergadura amerita la utilización de herramientas extraordinarias, que son resortes institucionales de salvaguarda del Estado Constitucional y que están destinados a garantizar la plena vigencia de derechos en todo el territorio nacional. Como veremos más adelante, a veces estas herramientas acuden a la restricción de derechos de la ciudadanía con tal de garantizar la paz social. Es más, podríamos decir que en ciertas ocasiones el Estado prefiere un mal menor con tal de evitar un mal mayor. Como quizá habrán podido inferir, nos referimos al *estado de sitio* y la *intervención federal*.

## V. Estado de sitio

Comenzaremos por citar la regulación constitucional de esta garantía destinada a salvaguardar el sistema federal consagrado en el artículo 1° de nuestra Carta Magna. El estado de sitio es una garantía de carácter extraordinario cuya finalidad es preservar la plena vigencia del sistema constitucional frente a situaciones graves de emergencia. Es una garantía institucional que a través de una limitación parcial y de interpretación esencialmente restrictiva de las garantías constitucionales individuales, procura defender el sistema político en situaciones graves y anómalas que no pueden ser remediadas mediante la aplicación de remedios ordinarios.

El estado de sitio tiene un objetivo directo: preservar la vigencia de la Constitución y sus instituciones; y un objetivo indirecto: la vigencia de los derechos y garantías que la Constitución prevé, frente a una grave perturbación ocasionada por un ataque exterior o una conmoción interna.

El artículo 23 de la Constitución Nacional dice: "En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino".

El artículo 23 de la Constitución no establece la suspensión de la propia Constitución sino solo la suspensión de las garantías constitucionales, precisando en su última parte cuáles son esas garantías. Bajo la vigencia del estado de sitio subsisten la Constitución Nacional y las libertades que ella establece y las eventuales restricciones que se pretenda imponer a las mismas deben ser interpretadas con criterio restrictivo, así como también las facultades extraordinarias que durante su curso pueda ejercer el presidente de la República. La vigencia de la libertad es la regla general y las limitaciones a ella son siempre una excepción, tanto en épocas de normalidad como de emergencia. Para que tenga lugar la utilización de esta herramienta institucional es preciso que se configure uno de dos supuestos concretos: conmoción interior; o ataque exterior. En ambos casos se requiere que los hechos tengan una magnitud tal que pongan en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella. La conmoción interior comprende toda sublevación, levantamiento, tumulto, conflicto social, político o económico que por su envergadura y profundidad pongan en peligro o hagan temer un peligro grave, serio e inminente para el orden constitucional. La conmoción puede ser actual o potencial, es decir, una amenaza. Por otro lado, el concepto de ataque exterior define a toda actividad que configure una situación de guerra internacional o de guerra civil gestada, proyectada o apoyada desde el exterior, aunque en tales casos no tengan participación alguna las autoridades de un Estado extranjero.[29]

Históricamente la jurisprudencia y la doctrina han considerado que la declaración del estado de sitio es un acto esencialmente político y discrecional que no es susceptible de revisión judicial en lo que respecta a las causas y razones que fundamentaron su dictado, pasando a engrosar a través de esta tesitura lo que se denomina las "cuestiones políticas no justiciables",[30] es decir, exentas del control correspondiente al Poder Judicial. No obstante, esta perspectiva considera

29. El único caso en nuestra historia en el que la declaración del Estado de Sitio fue motivada por un ataque exterior tuvo lugar el 16 de abril de 1885, en oportunidad de la guerra con el Paraguay.
30. Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, 2007.

que el Poder Judicial es competente para controlar la razonabilidad de los actos particulares que se ejecutan con motivo de la vigencia del estado de sitio sin que ello importe la validez del acto general declarativo del estado de sitio.

Aunque durante muchos años esta fue la interpretación dominante, otro sector de la doctrina entiende que el control de constitucionalidad constituye una herramienta legítima en manos del Poder Judicial, el que, frente a cualquier circunstancia, debe erigirse en garante de la supremacía constitucional, incluso ante la aplicación del estado de sitio. Optar por una de ambas tesituras constituye una elección personal, aunque debemos dejar sentado que desde nuestra perspectiva debe primar la postura que más derechos garantiza. En consecuencia, la segunda opción –aplicar el control de constitucionalidad a todos los actos de gobierno, incluso a la declaración de estado de sitio– será la mejor opción.

### *Legitimación activa*

La declaración del estado de sitio es una de las facultades propias del gobierno federal que han sido delegadas por las provincias y que, en consecuencia, estas últimas no pueden reasumir.

Con relación al sujeto legitimado para declarar el estado de sitio, la Constitución Nacional indica en su artículo 61: "Corresponde también al Senado autorizar al presidente de la Nación para que declare en estado de sitio, uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior". Es decir, que se trata de un acto complejo, en tanto la atribución de dictar el estado de sitio que tiene el presidente de la Nación requiere de la aprobación del Senado de la Nación, frente al ataque exterior.

Cuando existe conmoción interior, en los términos antes definidos, la declaración del estado de sitio corresponde al Congreso de la Nación. En caso de que el Congreso estuviera en receso[31] el Presidente podrá decretar el estado de sitio por un plazo limitado (art. 99, inc. 16, CN), es decir, por un período de tiempo con principio y final.

Una vez declarado el estado de sitio durante el receso del Congreso, el presidente de la República deberá convocar al Congreso inmediatamente para que ratifique la decisión o la suspenda (art. 75, inc. 29). También es posible que el Congreso reduzca o amplíe los alcances del estado de sitio.

31. El receso tiene lugar cuando ambas cámaras del Congreso, es decir, la Cámara de Diputados y la de Senadores, no funcionan en algunas de las sesiones previstas por la Constitución. Pero si las Cámaras están reunidas en sesiones ordinarias, extraordinarias o de prórroga –extensión del plazo normal de funcionamiento– el presidente de la República no podrá implantar el estado de sitio por su sola voluntad.

*Límites a la declaración del estado de sitio*

Con relación a la declaración de este estado de excepción, vale destacar dos limitaciones que imperan en todo momento y son inclaudicables.

1) El artículo 43 de la Constitución Nacional constitucionalizó el control judicial de la detención de personas durante el estado de sitio, exigiendo la resolución inmediata del hábeas corpus presentado. Es decir, la vigencia del estado de sitio no puede constituirse en óbice para ejercer el derecho a garantizar la libertad ambulatoria de las personas en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.

2) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (con jerarquía constitucional de acuerdo al artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional) contempla la suspensión de las obligaciones del Estado Parte (como lo es Argentina) establecidas en la Convención en los supuestos de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte (art. 27, inc. 1, CADH).[32]

La Convención dispone la no suspensión de derechos considerados esenciales: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, del derecho a la vida, el derecho a la intimidad personal, prohibición de esclavitud y servidumbre, principio de legalidad y retroactividad, libertad de conciencia y de religión, protección de la familia, derechos políticos y garantías indispensables para proteger tales derechos (art. 27, inc. 2, CADH). Como toda obligación internacional, el no apego a lo establecido en el artículo 27 conlleva consecuencias: a) su incumplimiento trae aparejada responsabilidad internacional;

32. Artículo 27, Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Suspensión de Garantías: "1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social; 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos; 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".

b) constituye una regla de interpretación con relación al artículo 43 de la Constitución Nacional.

Con relación a los efectos que produce la declaración del estado de sitio sobre los derechos y garantías de las personas, existen distintas posturas doctrinarias. Entendemos, conforme la doctrina jurisprudencial vigente, que la suspensión debe estar condicionada a los fines del estado de sitio. En cada caso concreto los efectos del estado de sitio solo se extenderán sobre aquellos derechos y garantías individuales cuya suspensión sea necesaria para el logro de los objetivos perseguidos en la declaración. Bidart Campos considera que si bien la declaración del estado de sitio puede suspender, genéricamente, todos los derechos y garantías individuales, en la práctica solo puede abarcar aquellos derechos y garantías cuyo ejercicio es capaz de concretar un peligro actual y real frente a la situación de emergencia que se pretende remediar. Además, corresponde verificar si la acción restrictiva está dotada de razonabilidad, función esta última que corresponde a los jueces en ejercicio del control judicial de razonabilidad.[33]

*Arresto y traslado de personas*

En el marco del estado de sitio, se entiende por arresto privar de su libertad física a una persona, en forma total o parcial. Puede consistir en la detención de una persona y luego en hacer que esta persona permanezca obligatoriamente en un lugar que determine el Poder Ejecutivo. También podría incluir la obligación para esta persona de presentarse ante determinada autoridad o en la prohibición de trasladarse a ciertos lugares. Esta privación de la libertad es ajena a la intervención del Poder Judicial. El traslado de la persona consiste en la obligación impuesta por el Poder Ejecutivo a una persona para que se radique en una zona determinada dentro de la cual, en principio, podría moverse libremente. Existiría una especie de cerco invisible que le impide traspasar ese límite. La orden de traslado o arresto constituye una facultad exclusiva del Poder Ejecutivo, constitucionalmente, indelegable, es decir, que el PEN (Poder Ejecutivo de la Nación) no puede ceder. Este acto debe formalizarse a través de un decreto en el cual, además de ser debidamente individualizadas las personas sujeto de la medida, deberán indicarse las razones y fundamentos de la medida, que son susceptibles del control judicial de razonabilidad. Están exentos de esta medida los/as legisladores (art. 68 CN) y los/as magistrados/as (art. 110 CN); ninguno/a de ellos/as puede ser detenido/a en virtud de esta atribución del Poder Ejecutivo.

33. Germán Bidart Campos, *op. cit*.

Pese a lo antedicho, existe una serie de limitaciones al arresto y traslado de personas.

a. El arresto concluye inmediatamente al cesar el estado de sitio.
b. No puede traducirse en una condena o pena para la persona detenida.
c. El arresto o traslado debe ser razonable en el caso concreto.
d. El arresto cesa si el interesado o interesada ejerce el derecho de opción,[34] es decir, si la persona detenida decide cambiar el arresto por trasladarse a un lugar designado por el Poder Ejecutivo –un lugar distinto a aquel donde la persona reside habitualmente– o la persona arrestada podrá declinar el arresto en tanto y en cuanto acceda a irse del país.

En términos prácticos, la última vez que tuvo lugar esta medida a nivel nacional fue el 19 de diciembre de 2001, cuando el entonces presidente de la Nación, Dr. Fernando De la Rúa, dictó el estado de sitio en todo el territorio de la República Argentina.[35] La medida fue instrumentada a través del Decreto 1678/2001.[36]

## VI. Intervención federal

La intervención federal tiene por finalidad garantizar la forma republicana de gobierno. La Constitución Nacional indica en su artículo 75 que corresponde al Congreso: "31. Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. Aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo". Por otro lado, el artículo 99 de la Constitución Nacional establece: "El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 20. Decreta la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento".

En principio, la intervención federal debe ser dispuesta por el Poder Legislativo Nacional sin pedido de la Provincia e incluso contra la opinión o voluntad de la misma; no pudiendo el Poder Ejecutivo disponer la intervención federal salvo en

34. El 24 de marzo de 1976, a través del Acta Institucional, se suspendió en forma definitiva el derecho de opción.
35. El mensaje presidencial está disponible en el siguiente enlace: http://www.youtube.com/watch?v=h67HpxqQ7Hg.
36. El decreto señalado declaró el estado de sitio en todo el territorio de la Nación Argentina, por el plazo de treinta (30) días. Además, el artículo 2 establecía: "Dése cuenta al Honorable Congreso de la Nación e inclúyese la declaración del estado de sitio entre los asuntos a considerar en el actual período de sesiones extraordinarias, a cuyo efecto se remite el correspondiente mensaje".

caso de receso de este.[37] En caso que fuera el Presidente quien dispone la intervención deberá ordenar en forma simultánea la convocatoria del Congreso para el tratamiento de la medida (arts. 99, inc. 20 y 75, inc. 31, párr. 2°). No obstante lo antedicho, podría ocurrir que la Provincia solicitara el dictado de una medida de estas características. En este orden de ideas, el artículo 6 de nuestra Constitución Nacional establece: "El Gobierno Federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades provinciales para sostenerlas o restablecerlas si hubiesen sido depuestas por la sedición o por invasión de otra provincia". Es decir, la intervención federal es una medida extraordinaria del gobierno de la Nación por la que este impone temporariamente su poder supremo en la Provincia, para la realización de los fines expresados en el artículo anterior. El interventor es un funcionario del gobierno federal y representante del poder ejecutivo federal, correspondiendo su nombramiento exclusivamente al presidente de la Nación. El último registro de utilización de esta herramienta data de abril del año 2004, cuando fue intervenida la provincia de Santiago del Estero.

A lo largo de este capítulo hemos sintetizado las herramientas y mecanismos de defensa de los derechos humanos con que contamos las personas en la República Argentina. Además, hemos señalado someramente las herramientas de defensa del sistema de gobierno representativo, republicano y federal. El estudio de estas herramientas deberá ser profundizado a lo largo de vuestras carreras para poder acudir a las mismas a efectos de garantizar el pleno ejercicio de derechos en nuestro país.

## Bibliografía

Bidart Campos, Germán J.: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Ediar, 2007.

Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

Constitución de la Nación Argentina.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Convención Nacional Constituyente, 29ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 11 de agosto de 1994. Disponible en la URL: http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm#Art. 43

Comité contra la Tortura, Comisión Provincial por la Memoria. Informe Anual 2010.

37. Artículo 75 inc. 31 de la Constitución Argentina.

Gelli, Ana María: *Constitución comentada*.
Manili, Pablo: *Manual Interamericano de Derechos Humanos*, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2012.
Observaciones del Comité de Derechos Humanos 117º período de sesiones, 20 de junio a 15 de julio de 2016 Tema 5 del programa Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, disponible en la URL: http://acnudh.org/wp-content/uploads/2016/07/CCPR_C_ARG_CO_5_24580_S.pdf.
Observaciones hechas con relación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el año 2010, disponible en la URL: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.ARG.CO.4_S.pdf

*Lecturas y material didáctico recomendados*

*El Rati Horror Show*: película dirigida por Enrique Piñeiro que da cuenta de la persecución policial y judicial hacia Fernando Cabrera, acusado de ser el responsable de la "Masacre de Pompeya". Para más información pueden visitar el sitio: http://ipargentina.org/nosotros.html.

*Jurisprudencia*

"Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)" (M.1569.XL).
"Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus". Disponible en la URL: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=582458.
"Viceconte, Mariela C. c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo Ley N°16986".
http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.

*Anexo normativo*

Ley N°16.986, "Acción de amparo" (Buenos Aires, 18 de octubre de 1966)[38]
Artículo 1º - La acción de amparo será admisible contra todo *acto u omisión*

38. Las partes destacadas con cursiva no están vigentes debido a ser incompatibles con lo establecido en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

*de autoridad pública* que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus.

Artículo 2º - La acción de amparo no será admisible cuando:

a) Existan recursos o *remedios judiciales o administrativos* que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate;

b) *El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial* o haya sido adoptado por expresa aplicación de la Ley Nº 16970;

c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado;

d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la *declaración de inconstitucionalidad* de leyes, decretos u ordenanzas;

e) *La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.*

Artículo 4º - Será competente para conocer de la acción de amparo el juez de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto […].

Artículo 6º - La demanda deberá interponerse por escrito y contendrá:

a) El nombre, apellido y domicilios real y constituido del accionante;

b) La individualización, en lo posible, del autor del acto u omisión impugnados;

c) La relación circunstanciada de los extremos que hayan producido o estén en vías de producir la lesión del derecho o garantía constitucional;

d) La petición, en términos claros y precisos.

Artículo 7º - Con el escrito de interposición, el accionante acompañará la prueba instrumental de que disponga, o la individualizará si no se encontrase en su poder, con indicación del lugar en donde se encuentre.

Indicará, asimismo, los demás medios de prueba de que pretenda valerse.

El número de testigos no podrá exceder de cinco por cada parte, siendo carga de estas hacerlos comparecer a su costa a la audiencia, sin perjuicio de requerir el uso de la fuerza pública en caso de necesidad.

No se admitirá la prueba de absolución de posiciones.

Artículo 8º - Cuando la acción fuera admisible, el juez requerirá la autoridad que corresponda un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamento de la medida impugnada, el que deberá ser evacuado dentro del plazo prudencial que fije. La omisión del pedido de informe es causa de nulidad del proceso.

El requerido deberá cumplir la carga de ofrecer prueba en oportunidad de contestar el informe, en la forma establecida para el actor.

Producido el informe o vencido el plazo otorgado sin su presentación, no habiendo prueba del accionante a tramitar, se dictará sentencia fundada dentro de las 48 horas, concediendo o denegando el amparo.

Artículo 9º - Si alguna de las partes hubiese ofrecido prueba, deberá ordenarse su inmediata producción, fijándose la audiencia respectiva, la que deberá tener lugar dentro del tercer día.

Artículo 11. - Evacuado el informe a que se refiere el artículo 8 o realizada, en su caso, la audiencia de prueba, el juez dictará sentencia dentro del tercer día. Si existiera prueba pendiente de producción por causas ajenas a la diligencia de las partes, el juez podrá ampliar dicho término por igual plazo.

Artículo 12. - La sentencia que admita la acción deberá contener:

a) La mención concreta de la autoridad contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo;

b) La determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución;

c) El plazo para el cumplimiento de lo resuelto.

Artículo 13. - La sentencia firme declarativa de la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza arbitraria o manifiestamente ilegal de un derecho o garantía constitucional, hace cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo.

Artículo 14. - Las costas se impondrán al vencido. No habrá condena en costas si antes del plazo fijado para la contestación del informe a que se refiere el artículo 8, cesara el acto u omisión en que se fundó el amparo.

Artículo 15. - Solo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el artículo 3º y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado. El recurso deberá interponerse dentro de 48 horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos dentro de las 48 horas. En este último caso se elevará el expediente al respectivo Tribunal de Alzada dentro de las 24 horas de ser concedido.

En caso de que fuera denegado, entenderá dicho Tribunal en el recurso directo que deberá articularse dentro de las 24 horas de ser notificada la denegatoria, debiendo dictarse sentencia dentro del tercer día.

Acción de amparo contra actos provenientes de particulares

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación reguló, en sus artículos 321 y 498, la acción de amparo contra actos provenientes de particulares.

Art. 321, CPCCN (Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N°25.488 B.O. 22/11/2001): "Proceso sumarísimo. Será aplicable el procedimiento establecido

en el artículo 498: […] 2) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuera necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección".

Art. 498, Capítulo II, Proceso Sumarísimo, CPCCN (Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N°25.488 B.O. 22/11/2001): "Trámite. En los casos en que se promoviese juicio sumarísimo, presentada la demanda, el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si correspondiese que la controversia se sustancie por esta clase de proceso. Si así lo decidiese, el trámite se ajustará a lo establecido para el proceso ordinario, con estas modificaciones: 1) Con la demanda y contestación se ofrecerá la prueba y se agregará la documental; 2) No serán admisibles excepciones de previo y especial pronunciamiento, ni reconvención; 3) Todos los plazos serán de tres días, con excepción del de contestación de demanda, y el otorgado para fundar la apelación y contestar el traslado memoria, que será de cinco días; 4) Contestada la demanda se procederá conforme al artículo 359. La audiencia prevista en el artículo 360[39] deberá ser señalada dentro de los diez días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo; 5) No procederá la presentación de alegatos; 6) Solo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias. La apelación se concederá en relación, en efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiese ocasionar un perjuicio irreparable en cuyo caso se otorgará en efecto suspensivo".

Ley N°23.098, "Procedimiento de hábeas corpus" (sancionada el 28 de septiembre de 1984; promulgada el 19 de octubre de 1984)

A continuación, los artículos pertinentes y algunos comentarios alrededor de la citada ley.

Art. 1º - Aplicación de la ley. Esta ley regirá desde su publicación.

El capítulo tendrá vigencia en todo el territorio de la Nación, cualquiera sea el tribunal que la aplique. Sin embargo ello no obstará a la aplicación de las constituciones de Provincia o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos que se refiere esta ley.

39 En la que el juez o jueza "provee" la prueba, es decir, determina qué prueba habrá de producirse en el marco del proceso y cuál será descartada.

Art. 2º - Jurisdicción de aplicación. La aplicación de esta ley corresponderá a los tribunales nacionales o provinciales, según el acto denunciado como lesivo emane de autoridad nacional o provincial. Cuando el acto lesivo proceda de un particular se estará a lo que establezca la ley respectiva.

Si inicialmente se ignora la autoridad de quien emana el acto denunciado como lesivo, conocerá cualquiera de aquellos tribunales, según las reglas que rigen su competencia territorial hasta establecer el presupuesto del párrafo anterior que determinará definitivamente el tribunal de aplicación.

Art. 3° - Procedencia. Corresponderá el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique:

1° Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente.

2° Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere.

Art. 4º - Estado de sitio. Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar, en el caso concreto:

1° La legitimidad de la declaración del estado de sitio.

2° La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio.

3° La agravación ilegitima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas.

4° El efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del art. 23 de la Constitución Nacional.

Art. 5º - Facultados a denunciar. La denuncia de hábeas corpus podrá ser interpuesta por la persona que afirme encontrarse en las condiciones previstas por los artículos 3º y 4º o por cualquier otra en su favor.[40]

Art. 6° - Inconstitucionalidad. Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad, cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional.

Un juez o jueza que toma conocimiento de que una persona ha sido privada ilegalmente de su libertad ambulatoria tiene la facultad (y desde una postura

40. Este punto resulta de vital importancia y además responde a nuestra pregunta relativa a la legitimación activa en la acción de hábeas corpus. Toda persona puede realizar la presentación, ya que si una persona fue privada ilegalmente de su libertad ambulatoria resulta a todas luces evidente que no podrá utilizar ningún medio para "denunciar" el estado de indefensión en que se encuentra.

defensora de los derechos humanos decimos que tiene el "deber") de actuar de oficio, es decir, sin que medie pedido de parte.

Capítulo II - Procedimiento

Art. 8º - Competencia. Cuando el acto denunciado como lesivo emana de autoridad nacional conocerán de los procedimientos de hábeas corpus:

1° En la Capital Federal los jueces de primera instancia en lo criminal de instrucción.

2° En territorio nacional o provincias los jueces de sección, según las reglas que rigen su competencia territorial.

Art. 9° - Denuncia. La denuncia de hábeas corpus deberá contener:

1° Nombre y domicilio real del denunciante.

2° Nombre, domicilio real y demás datos personales conocidos de la persona en cuyo favor se denuncia.

3° Autoridad de quien emana el acto denunciado como lesivo.

4° Causa o pretexto del acto denunciado como lesivo en la medida del conocimiento del denunciante.

5° Expresará además en qué consiste la ilegitimidad del acto.

Si el denunciante ignorase alguno de los requisitos contenidos en los Nº 2°, 3° y 4°, proporcionará los datos que mejor condujeran a su averiguación.

La denuncia podrá ser formulada a cualquier hora del día por escrito u oralmente en acta ante el secretario del tribunal; en ambos casos se comprobará inmediatamente la identidad del denunciante y cuando ello no fuera posible, sin perjuicio de la prosecución del trámite, el tribunal arbitrará los medios necesarios a tal efecto.[41]

Art. 11. - Auto de hábeas corpus. Cuando se tratare de la privación de la libertad de una persona, formulada la denuncia el juez ordenará inmediatamente que la autoridad requerida, en su caso, presente ante él al detenido con un informe circunstanciado del motivo que funda la medida, la forma y condiciones en que se cumple si ha obrado por orden escrita de autoridad competente, caso en el cual deberá acompañarla, y si el detenido hubiese sido puesto a disposición de otra autoridad a quien, por qué causa, y en qué oportunidad se efectuó la transferencia.

Cuando se tratare de amenaza actual de privación de la libertad de una persona el juez ordenará que la autoridad requerida presente el informe a que se refiere el párrafo anterior.

41. Véase con detenimiento el punto 3°. La acción de hábeas corpus procede contra actos provenientes de autoridad pública. Cuando la privación de la libertad ha sido realizada por un particular, estamos ante un delito penado por el Código Penal de la Nación Argentina, que recibe el nombre de "privación ilegal de la libertad" y será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años (art. 141 CPNA).

Si se ignora la autoridad que detenta la persona privada de su libertad o de la cual emana el acto denunciado como lesivo, el juez librará la orden a los superiores jerárquicos de la dependencia que la denuncia indique.

La orden se emitirá por escrito con expresión de fecha y hora salvo que el juez considere necesario constituirse personalmente en el lugar donde se encuentre el detenido caso en el cual podrá emitirla oralmente, pero dejará constancia en acta.

Cuando un tribunal o juez de jurisdicción competente tenga conocimiento por prueba satisfactoria de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento por funcionario de su dependencia o inferior administrativo, político o militar y que es de temerse sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o que se le hará sufrir un perjuicio irreparable antes de que pueda ser socorrida por un auto de hábeas corpus, pueden expedirlo de oficio, ordenando a quien la detiene o a cualquier comisario, agente de policía u otro empleado, que tome la persona detenida o amenazada y la traiga a su presencia para resolver lo que corresponda según derecho.

Art. 12. - Cumplimiento de la orden. La autoridad requerida cumplirá la orden de inmediato o en el plazo que el juez determine de acuerdo con las circunstancias del caso.

Si por un impedimento físico el detenido no pudiera ser llevado a presencia del juez la autoridad requerida presentará en el mismo plazo un informe complementario sobre la causa que impide el cumplimiento de la orden, estimando el término en que podrá ser cumplida. El juez decidirá expresamente sobre el particular pudiendo constituirse donde se encuentra el detenido si estimare necesario realizar alguna diligencia y aún autorizar a un familiar o persona de confianza para que lo vea en su presencia.

Desde el conocimiento de la orden el detenido quedará a disposición del juez que la emitió para la realización del procedimiento.

Capítulo III - Reglas de aplicación

Art. 25. - Turno. A los efectos del procedimiento previsto en la presente ley regirán en la Capital Federal turnos de 24 horas corridas según el orden que determine la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

En territorio nacional o provincial regirá el mismo turno que distribuirá la Cámara de Apelaciones respectivas sin obligación de permanencia del juez y funcionarios auxiliares en la sede del tribunal pero deberá expresarse en lugar visible para el público que concurra el lugar donde parece reclamarse la intervención del juez de turno a los efectos del art. 9°.

El turno del día en la jurisdicción respectiva se publicará en los periódicos así como también se colocarán avisadores en lugar visible para el público en los edificios judiciales y policiales.

Las Cámaras de Apelaciones reglamentarán las disposiciones aplicables para los demás funcionarios y empleados que deban intervenir o auxiliar en el procedimiento.[42]

Ley N°25.326 "Ley de Protección de Datos" (sancionada el 4 de octubre de 2000; promulgada parcialmente el 30 de octubre de 2000).

Artículo 1° - (Objeto). La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional. Las disposiciones de la presente ley también serán aplicables, en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal. En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas.[43]

Artículo 2° - (Definiciones). A los fines de la presente ley se entiende por:

- Datos personales: Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables.

- Datos sensibles: Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

- Archivo, registro, base o banco de datos: Indistintamente, designan al conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.[44]

42. Esto significa que la acción de hábeas corpus puede presentarse en cualquier momento del día, cualquier día de la semana, porque siempre deberá existir un juzgado de turno para atender ante la privación ilegal de una persona. Puedo estar en plena madrugada, en algún lugar inhóspito de la Patagonia Argentina, y un juez o jueza deberá atender mi reclamo ante una privación ilegal de la libertad. Lamentablemente, en los hechos, las cosas no siempre suceden de esta manera.

43. La ley se refiere a bancos de datos tanto públicos como privados (sujetos pasivos de la acción a quienes corresponde la legitimación pasiva) y protege expresamente a las fuentes de información periodística, atento a la especial protección que reviste la libertad de expresión dentro de un sistema democrático.

44. Nos parece interesante señalar la diferencia entre datos personales y datos sensibles. Atento a la especial protección que ameritan los datos sensibles es que, por ejemplo, el Ministerio de Salud de la Nación encripta la información relativa a personas que conviven con VIH (virus de inmunodeficiencia humana, también conocido por sus siglas en inglés, HIV), en nuestro país. Por cuestiones de política sanitaria el Ministerio de Salud debe llevar un registro de las personas que conviven con este virus. Pero esta información, que reviste el carácter de "sensible", es encriptada, es decir, es codificada, para que no sea posible identificar el dato con una persona en particular.

Capítulo II. Principios generales relativos a la protección de datos.

Artículo 3° - (Archivos de datos - Licitud). La formación de archivos de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscriptos, observando en su operación los principios que establece la presente ley y las reglamentaciones que se dicten en su consecuencia. Los archivos de datos no pueden tener finalidades contrarias a las leyes o a la moral pública.

Artículo 4° - (Calidad de los datos).

1. Los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido.

2. La recolección de datos no puede hacerse por medios desleales, fraudulentos o en forma contraria a las disposiciones de la presente ley.

3. Los datos objeto de tratamiento no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención.

4. Los datos deben ser exactos y actualizarse en el caso de que ello fuere necesario.

5. Los datos total o parcialmente inexactos, o que sean incompletos, deben ser suprimidos y sustituidos, o en su caso completados, por el responsable del archivo o base de datos cuando se tenga conocimiento de la inexactitud o carácter incompleto de la información de que se trate, sin perjuicio de los derechos del titular establecidos en el artículo 16 de la presente ley.

6. Los datos deben ser almacenados de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso de su titular.

7. Los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados.

Artículo 5° - (Consentimiento).

1. El tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias.

El referido consentimiento prestado con otras declaraciones, deberá figurar en forma expresa y destacada, previa notificación al requerido de datos, de la información descrita en el artículo 6° de la presente ley.

2. No será necesario el consentimiento cuando:

a) Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto;

b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal;

c) Se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio;

d) Deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento;

e) Se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del artículo 39 de la Ley 21.526.

Artículo 7° - (Categoría de datos).

1. Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles.

2. Los datos sensibles solo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares.

3. Queda prohibida la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles. Sin perjuicio de ello, la Iglesia Católica, las asociaciones religiosas y las organizaciones políticas y sindicales podrán llevar un registro de sus miembros.

4. Los datos relativos a antecedentes penales o contravencionales solo pueden ser objeto de tratamiento por parte de las autoridades públicas competentes, en el marco de las leyes y reglamentaciones respectivas.

Artículo 8° - (Datos relativos a la salud).

Los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquéllos, respetando los principios del secreto profesional.

Artículo 9° - (Seguridad de los datos).

1. El responsable o usuario del archivo de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, de modo de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y que permitan detectar desviaciones, intencionales o no, de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado.

2. Queda prohibido registrar datos personales en archivos, registros o bancos que no reúnan condiciones técnicas de integridad y seguridad.

Artículo 13. - (Derecho de Información).

Toda persona puede solicitar información al organismo de control relativa a la existencia de archivos, registros, bases o bancos de datos personales, sus finalidades y la identidad de sus responsables.

El registro que se lleve al efecto será de consulta pública y gratuita.

Artículo 14. - (Derecho de acceso).

1. El titular de los datos, previa acreditación de su identidad, tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes.

2. El responsable o usuario debe proporcionar la información solicitada dentro de los diez días corridos de haber sido intimado fehacientemente.

Vencido el plazo sin que se satisfaga el pedido, o si evacuado el informe, este se estimara insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en esta ley.

3. El derecho de acceso a que se refiere este artículo solo puede ser ejercido en forma gratuita a intervalos no inferiores a seis meses, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto.

4. El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo en el caso de datos de personas fallecidas le corresponderá a sus sucesores universales.

Artículo 16. - (Derecho de rectificación, actualización o supresión).

1. Toda persona tiene derecho a que sean rectificados, actualizados y, cuando corresponda, suprimidos o sometidos a confidencialidad los datos personales de los que sea titular, que estén incluidos en un banco de datos.

2. El responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido el error o falsedad.

3. El incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado en el inciso precedente, habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en la presente ley.

4. En el supuesto de cesión, o transferencia de datos, el responsable o usuario del banco de datos debe notificar la rectificación o supresión al cesionario dentro del quinto día hábil de efectuado el tratamiento del dato.

5. La supresión no procede cuando pudiese causar perjuicios a derechos o intereses legítimos de terceros, o cuando existiera una obligación legal de conservar los datos.

6. Durante el proceso de verificación y rectificación del error o falsedad de la información que se trate, el responsable o usuario del banco de datos deberá o bien bloquear el archivo, o consignar al proveer información relativa al mismo la circunstancia de que se encuentra sometida a revisión.

7. Los datos personales deben ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o en su caso, en las contractuales entre el responsable o usuario del banco de datos y el titular de los datos.

Acción de protección de los datos personales

Artículo 33. - (Procedencia).

1. La acción de protección de los datos personales o de hábeas data procederá:

a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos;

b) en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.

Artículo 34. - (Legitimación activa).

La acción de protección de los datos personales o de hábeas data podrá ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado.

Cuando la acción sea ejercida por personas de existencia ideal, deberá ser interpuesta por sus representantes legales, o apoderados que estas designen al efecto.

En el proceso podrá intervenir en forma coadyuvante el Defensor del Pueblo.

Artículo 35. - (Legitimación pasiva).

La acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes.

Artículo 37. - (Procedimiento aplicable).

La acción de hábeas data tramitará según las disposiciones de la presente ley y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo.

Artículo 39. - (Trámite).

1. Admitida la acción el juez requerirá al archivo, registro o banco de datos la remisión de la información concerniente al accionante. Podrá asimismo solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime procedente.

2. El plazo para contestar el informe no podrá ser mayor de cinco días hábiles, el que podrá ser ampliado prudencialmente por el juez.

Artículo 41. - (Contestación del informe).

Al contestar el informe, el archivo, registro o banco de datos deberá expresar las razones por las cuales incluyó la información cuestionada y aquellas por las que no evacuó el pedido efectuado por el interesado, de conformidad a lo establecido en los artículos 13 a 15 de la ley.

Artículo 42. - (Ampliación de la demanda).

Contestado el informe, el actor podrá, en el término de tres días, ampliar el objeto de la demanda solicitando la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos personales, en los casos que resulte procedente a tenor de la presente ley, ofreciendo en el mismo acto la prueba pertinente. De esta presentación se dará traslado al demandado por el término de tres días.

Artículo 43. - (Sentencia).

1. Vencido el plazo para la contestación del informe o contestado el mismo, y en el supuesto del artículo 42, luego de contestada la ampliación, y habiendo sido producida en su caso la prueba, el juez dictará sentencia.

2. En el caso de estimarse procedente la acción, se especificará si la información debe ser suprimida, rectificada, actualizada o declarada confidencial, estableciendo un plazo para su cumplimiento.

3. El rechazo de la acción no constituye presunción respecto de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el demandante.

4. En cualquier caso, la sentencia deberá ser comunicada al organismo de control, que deberá llevar un registro al efecto.

# Capítulo VIII
# El Estado

*Tatiana Hirschhorn*

## La nación y el Estado

Para entender en qué consiste la institución que en adelante denominaremos Estado debemos considerar los motivos por los cuales las personas decidimos vivir en sociedad. Mientras que algunas explicaciones consideran que las personas somos por definición sujetos gregarios –es decir, que necesitamos vivir en comunidad con otros seres y que solo en esta situación nos sentimos completos–, otras explicaciones abordan la posibilidad de que necesitamos de otros sujetos por cuestiones utilitaristas. Es decir, vivir junto a otras personas haría que nuestra vida fuera más sencilla y que la división de tareas hiciera más efectivo el funcionamiento de la sociedad. Obviamente habrá muchas respuestas de distinta a índole a este interrogante y nuestra intención es esbozar posibles respuestas que nos inviten a querer profundizar el debate más allá de lo visto en esta oportunidad. A medida que avancemos a lo largo de este capítulo algunas de estas nociones serán teorizadas y al mismo tiempo serán problematizadas. El ejemplo paradigmático de una de las primeras sociedades formalmente constituidas es Roma, la que muchos autores señalan como la primera ciudad-Estado.[1] Pero ya desde los orígenes de la humanidad las personas tuvimos la tendencia de conformar grupos sociales y habitar en ellos. La horda y el clan totémico son claro ejemplo de estas primeras sociedades. Con el correr del tiempo y con la complejización de la vida en sociedad, las sociedades fueron evolucionando y transformándose en naciones.

'Nación' hace referencia al sentimiento de pertenencia que identifica a la población que habita un territorio y que comparte una cultura. La nación comparte un pasado común y aspira a un futuro compartido. Los/as habitantes de una nación comparten la lengua, cultura y tradiciones comunes y en general habitan el mismo territorio. Esto último no es excluyente ya que ciertas naciones, como

1. El mito fundante sostiene que Rómulo y Remo, gemelos huérfanos que habrían sido ambos amamantados por una loba, fundaron Roma en el año 753 a.C.

ser, el pueblo judío, fue durante años una nación errante. Algo similar sucede con el pueblo gitano.

Oscar Oszlak, sociólogo argentino, ha establecido las características definitorias del Estado.[2] Oszlak (1997) estudia la formación del Estado como proceso que presupone la existencia o paralela constitución de una nación formalmente independiente. Esto introduce la complicación adicional de establecer bajo qué circunstancias es posible considerar que la fusión de los dos elementos que otorgan especificidad a esta categoría –Estado y nación– se ha producido. La existencia de una nación es, al igual que en el caso del Estado, el resultado de un proceso y no de un formal acto constitutivo, siendo difícil precisar no solo un momento a partir del cual puede afirmarse su respectiva existencia sino, además, aquel en que nación y Estado coexisten como unidad. En un sentido ideal-abstracto el autor concibe al Estado como "una relación social", como la instancia política que articula un sistema de dominación social.[3]

Con relación a la diferencia entre los conceptos de Estado y nación, pese a las ambigüedades y discrepancias que aún rodean su definición, puede argumentarse que en la idea de nación se conjugan elementos materiales y elementos ideales. Los primeros se vinculan con el desarrollo de intereses resultantes de la diferenciación e integración de la actividad económica dentro de un espacio territorialmente delimitado. En las experiencias europeas "clásicas" esto supuso la formación de un mercado y una clase burguesa nacionales. Los segundos implican la difusión de símbolos, valores y sentimientos de pertenencia a una comunidad diferenciada por tradiciones, etnias, lenguaje u otros factores de integración, que configuran una identidad colectiva, una personalidad común que encuentra expresión en el desarrollo histórico.[4]

Como atributos intrínsecos del Estado, Oszlak (1997) señala su capacidad de:

- Externalizar su poder (interestatalidad).
- Institucionalizar su autoridad (monopolio de la fuerza).
- Diferenciar su control (estructura institucional).
- Internalizar una identidad colectiva (control ideológico).

La cualidad de externalizar su poder está vinculada con el reconocimiento de una unidad soberana dentro de un sistema de relaciones interestatales, cuya

2. Oscar Oszlak, *La formación del Estado argentino. Origen, Progreso y Desarrollo Nacional*. Buenos Aires, Editorial Planeta, 1997.
3. Esta definición excluye otras formas históricas tales como los imperios, las ciudades-estados y aquellas modalidades primitivas de ejercicio de la dominación.
4. Oscar Oszlak, *La formación del Estado argentino. Origen, Progreso y Desarrollo Nacional*, *op. cit.*

integridad es garantizada por otras unidades similares –Estados-nación– ya existentes. Es decir, el Estado debe tener la capacidad de dialogar con otros Estados Nacionales en el ámbito internacional y estos Estados Nacionales miembros de la comunidad internacional deben reconocer al Estado-nación como tal. La segunda capacidad implica la imposición de una estructura de relaciones de poder capaz de ejercer un monopolio sobre los medios organizados de coerción, es decir, sobre los medios con capacidad de ejercer y aplicar la fuerza física. En este sentido, para ser considerado un Estado-nación será necesario poseer fuerzas de seguridad y fuerzas armadas que concentren el monopolio de la fuerza física. El tercer atributo es la emergencia de un conjunto funcionalmente diferenciado de instituciones públicas relativamente autónomas respecto de la sociedad civil, con reconocida capacidad para extraer, establemente, recursos de su contexto, con cierto grado de profesionalización de sus funcionarios y cierta medida de control centralizado sobre sus múltiples actividades. En este sentido, el pago de impuestos refleja a la perfección esta característica, ya que el Estado-nación debe ser capaz de solventar su funcionamiento cotidiano y para ello habrá de constituir una estructura en ese sentido. La cuarta cualidad consiste en la capacidad de emitir desde el Estado los símbolos que refuercen los sentimientos de pertenencia y solidaridad social que señalamos como componentes ideales de la nacionalidad y aseguren, por lo tanto, el control ideológico de la dominación. El hecho de tener una bandera, una escarapela y un himno nacional refuerzan esta dimensión simbólica del Estado. Incluso podríamos sostener que la existencia de un seleccionado nacional de fútbol refuerza esta característica.[5]

Vistos desagregadamente, es decir, en forma individual, estos atributos de la "estatidad" permiten empezar a distinguir comparativamente momentos y circunstancias históricas en que los mismos fueron adquiridos en las diversas experiencias nacionales, lo cual facilita la detección de conexiones causales con otros procesos sociales. Además, observados en forma combinada, estos atributos sugieren fases o etapas diferenciadas en el proceso de formación estatal que permiten aprehender los verdaderos motivos por los cuales los Estados atraviesan diversas problemáticas no necesariamente comunes a todos ellos. Oszlak (1997) señala como evidente que la gran mayoría de los países latinoamericanos adquirió –como primer atributo de su condición de Estados Nacionales– el formal reconocimiento externo de su soberanía. Producto del desenlace de las luchas de emancipación nacional, este reconocimiento se anticipó sin embargo a la institucionalización de un poder estatal reconocido dentro del propio territorio nacional. La declaración de independencia de nuestro país respecto de España ilustra a la

5. Oscar Oszlak, *La formación del Estado argentino. Origen, Progreso y Desarrollo Nacional*, *op. cit.*

perfección esta secuencia histórica. Este desfasaje, que en algunos casos perduró por varias décadas, contribuyó precisamente a crear la ambigua imagen de un Estado-nación asentado sobre una sociedad que retaceaba el reconocimiento de la institucionalidad que aquél pretendía establecer.[6]

En síntesis, como una primera estrategia para reconocer si efectivamente estamos ante un Estado deberíamos poder identificar las cuatro características –también denominados atributos– indicadas por Oszlak en la institución que pretendemos caracterizar.

Por otro lado, nos será útil y a la vez necesario identificar la presencia de una serie de elementos para reconocer que estamos ante un Estado. Llegado este punto, nuestra experiencia nos lleva advertir sobre una confusión habitual: Estado y gobierno no son sinónimos sino dos situaciones unidas por un vínculo de necesariedad que habremos de hacer explícito más adelante. No obstante, debemos tener presente que mientras el Estado hace referencia a una institución, el gobierno suele utilizarse como denominación para referirse al conjunto de personas que ocupan transitoriamente cargos en el Estado. Habiendo clarificado esta habitual confusión, cabe referirse a los elementos constitutivos del Estado:

- Territorio.
- Población.
- Nación.
- Soberanía.
- Monopolio legítimo de la coacción física.
- Aparato burocrático estatal.

Con relación al primer elemento, el territorio, puede parecer a simple vista una obviedad que un Estado, para tener tal carácter, requiere de un territorio donde desarrollarse y desde el cual ejercer las acciones cotidianas que hacen a la vida institucional. No obstante, existen decenas de situaciones donde el reclamo por el territorio aparece como motivo de tensión y conflicto entre personas que reclaman por un territorio para la consolidación de un Estado. Tomemos el ejemplo de Palestina, que durante años fue un gobierno en el exilio sin una base territorial definida y reconocida por otros Estados. Incluso actualmente, no tiene reconocimiento unánime a nivel mundial y disputa terrenos con Israel. En definitiva, en los tiempos que corren, para que un Estado sea reconocido como tal necesita contar con un territorio.

6. Oscar Oszlak, *La formación del Estado argentino. Origen, Progreso y Desarrollo Nacional*, *op. cit.*

La población, en términos prácticamente absolutos, deviene elemento vital del concepto de Estado. No podemos pensar en ejercer el poder (función primaria de todo aparato estatal) sin sujetos frente a los cuales ejercer poder. El poder, de hecho, consiste en la posibilidad que tiene una persona de modificar la conducta de otra persona.[7]

'Nación', como dijimos, alude al sentimiento de pertenencia al cual hicimos referencia. Los/as habitantes de una nación comparten la lengua y en general habitan el mismo territorio. Sin embargo, esto último no es excluyente, ya que ciertas naciones, tales como el pueblo judío, fueron durante años naciones errantes. Algo similar sucede con el pueblo gitano. También es preciso aclarar que dentro de un Estado puede convivir más de una nación. Este sería el caso de los Estados multiétnicos donde conviven –a veces pacíficamente y otras veces no tanto– más de un pueblo o nación. Mientras que existen Estados plurinacionales, también hay naciones multiétnicas y pluriculturales.[8] En particular, Argentina es considerada un Estado Plurinacional, es decir, un Estado en donde conviven varias naciones, circunstancia reconocida por nuestra Constitución, que entre las atribuciones del Congreso de la Nación establece:

> Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones (confr. artículo 75, inc. 17, Constitución Nacional).

Lo antedicho significa que el Estado argentino fue constituido sobre la base de las Naciones indígenas que en forma previa a la constitución del Estado habitaban el suelo de nuestro país.

7. Existe un caso paradigmático de un Estado prácticamente sin población: el Vaticano. El Vaticano es un país soberano ubicado dentro de Roma, Italia, donde el Papa es a la vez cabeza suprema de la Iglesia católica romana y jefe de Estado de la Ciudad del Vaticano. La forma de gobierno del Vaticano es una monarquía absoluta. La nacionalidad vaticana no se obtiene por nacimiento, sino por concesión. Para mayor información: http://www.vaticanstate.va/content/vaticanstate/es.html.
8. La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia caracteriza al Estado como unitario social de derecho plurinacional y comunitario, mientras que Ecuador es un "Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico". Ver Constitución del Estado de Bolivia y Constitución de la República del Ecuador.

La soberanía es un atributo jurídico-político de los Estados que puede ser considerado desde dos facetas. Por un lado, que un Estado sea soberano implica que nada ni nadie está por encima del Estado; que nadie –ninguna organización internacional ni otro Estado– puede dictarle qué hacer o qué dejar de hacer. Por otro lado, la soberanía es el derecho que tiene el pueblo a elegir a sus gobernantes y que estos sean representantes legítimos de aquellos/as que los/as eligieron.[9] La noción de monopolio legítimo de la coacción implica que el Estado es la asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito, de monopolizar dentro de un territorio la violencia física legítima como medio de dominación y que, con este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de sus dirigentes y ha expropiado a todos los seres humanos que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas.[10] Finalmente, el aparato burocrático puede ser definido como el conjunto de instituciones a través de las cuales el Estado delega su poder y se hace presente a lo largo y ancho del país. La burocracia implica una herramienta del Estado para llegar a toda la población, al mismo tiempo que concentra saberes y los monopoliza en la institución Estado.

## Definiciones y aproximaciones al concepto de Estado

En las ciencias sociales los conceptos surgen a partir de consensos que no necesariamente son unánimes. Por esta razón, alrededor del concepto de Estado existen numerosas definiciones. Probablemente una de las definiciones que tiene más adherentes sea la brindada por Max Weber (1864-1920),[11] para quien el

9. El Preámbulo de la Constitución Nacional alude al pueblo como soberano en nuestro país: "Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino; invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina". También ayuda a una comprensión integral de este concepto la lectura del artículo 22 de nuestra Constitución Nacional, que dice: "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición".

10. Max Weber, *La política como vocación*.

11. Maximilian Carl Emil Weber (Erfurt, 21 de abril de 1864 - Múnich, 14 de junio de 1920) fue un filósofo, economista, jurista, historiador, politólogo y sociólogo alemán, considerado uno de los/as fundadores/as del estudio moderno de la sociología y la administración pública, con un marcado sentido antipositivista. Sus trabajos más importantes se relacionan con la sociología de la religión y el gobierno, pero también escribió mucho en el campo de la

Estado es "aquella asociación (instituto) política de actividad continuada cuyo cuadro administrativo mantiene con éxito la pretensión del monopolio legítimo de la coacción física". Esto significa que el Estado pretende ser el único que ejerce la fuerza física, por medio de las fuerzas policiales y fuerzas armadas; y que puede portar armas de fuego solo el Estado o quienes este autorice.[12] Al referirse al cuadro administrativo, el Estado delega sus funciones en un cuerpo burocrático a través del cual el poder aparece descentralizado.[13] En su tipología –es decir, en su clasificación– de Estados, Weber caracteriza al Estado moderno como un Estado racional-legal, lo cual significa que está basado en la burocracia profesional y en el derecho racional. Los orígenes de este Estado moderno están directamente relacionados con el modo de producción capitalista.

Esta definición de "Estado" esbozada por Weber, si bien tiene amplio consenso, no es la única definición posible. Existen tantas definiciones de Estado como ideologías. Y también, porque su estudio avanza y porque la propia institución denominada Estado ha ido cambiando a lo largo del tiempo, existe una evolución en torno a su significado.

Tomemos como punto de partida la definición de Estado de Luis XIV de Francia[14] quien, en un rapto de "humildad", sostuvo: "El Estado soy yo". Esta frase probablemente tuviera un dejo de verdad en la época en que Luis XIV la pronunció, en un contexto donde la sociedad estaba atravesada por una concepción absolutista del poder y del Estado. Sin embargo, esta definición válida en el siglo XVII hoy no tendría sentido para nosotros/as. ¿Por qué? Porque para comprender los alcances del concepto moderno de Estado en nuestro país debemos considerar la evolución de esta institución.

## La evolución del Estado

A medida que avanzamos en el tiempo nos encontramos con distintos tipos de Estado que implican una evolución en la composición –o cambio– de los mismos

---

economía. Su obra más reconocida es el ensayo *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, que fue el inicio de un trabajo sobre la sociología de la religión.

12. Mientra que en los Estados Unidos de Norteamérica cualquier ciudadana/o puede portar armas, en nuestro país se requiere de un permiso especial otorgado por el Registro Nacional de Armas (RENAR).

13. Un típico ejemplo que ilustra esta definición es que cuando alguien se acerca a una agencia del Estado donde el/la empleado/a que atiende no es el Estado, tampoco es dueño/a de sus herramientas de trabajo. Esa/e funcionaria/o personifica al Estado; constituye una representación del mismo.

14. Conocido como "el Rey Sol" (Saint-Germain en Laye, Francia, 5 de septiembre de 1638 - Versalles, Francia, 1 de septiembre de 1715), fue rey de Francia y de Navarra desde el 14 de mayo de 1643 hasta su muerte, con casi 77 años de edad y 72 de reinado.

hasta llegar a los actuales Estados Nacionales. A continuación, estudiaremos las principales formas que adquirió el Estado a lo largo del último milenio, teniendo en cuenta que esta evolución se aplica a la cultura occidental y tiene sus orígenes, principalmente, en Europa.

## El Estado Moderno

Los orígenes del Estado Moderno datan del período entre el siglo XII y el siglo XIV en Europa Occidental. En esa época, en algunas partes de esa región, se conformó un sistema de gobierno basado en la representación de distintos cuerpos colectivos (estamentos) que combinaba el poderío militar de los imperios y el alto nivel de lealtad e identidad de las ciudades-estado. Este sistema coexistió de manera desigual con la forma de gobierno que primó en Europa occidental luego del quiebre del imperio romano de occidente: el feudalismo.[15]

> El feudalismo, que tiene su origen en las relaciones personales de mutua lealtad entre el jefe y sus asociados que primaron en las tribus germánicas, fue instituido como forma de gobierno por el Imperio Carolingio (751-987) a fin de mantener la unidad de su sistema político en el marco de un contexto caracterizado por la irregularidad e inseguridad de las comunicaciones, una economía no monetaria que imposibilitaba el financiamiento de un aparato de gobierno centralizado y la necesidad de orientar las tareas de gobierno hacia el ámbito militar ante el peligro de constantes invasiones. En este sistema de gobierno la protección era brindada por nobles (condes, duques, marqueses), quienes a cambio de ayuda militar recibieron de los reyes grandes extensiones de tierra. Estos nobles, con el tiempo, dejaron de obedecer al rey y empezaron a actuar, cada uno en su territorio, como si fueran soberanos independientes. Estos señores feudales construyeron castillos en los que se refugiaban los campesinos durante los ataques de los pueblos invasores o de otros nobles. A cambio de esta protección, los campesinos cedían sus tierras y estaban obligados a trabajar para los nobles, estableciendo una relación de vasallaje.[16]

15. Juan Manuel Abal Medina, *Manual de Ciencia Política*. 2ª edición. Buenos Aires, Eudeba, 2014.
16. Ministerio de Educación de la Nación Argentina, Temas y actividades. Ciencias Sociales. Disponible en la URL: http://www.educ.ar/sitios/educar/recursos/ver?id=70218.

El vasallaje consistió en una relación de dependencia entre hombres y mujeres libres que se establecía por medio de una ceremonia conocida como homenaje. La relación entre vasallos y señores se establecía a través de toda la escala social, quedando así tejida una red de dependencias. En última instancia, todos los vasallos debían fidelidad al rey, pero en la práctica el vínculo directo fue entre cada vasallo y su señor. Cuando el vasallo juraba fidelidad a su señor, este le entregaba un beneficio que, habitualmente, eran tierras. Desde el siglo XI, el beneficio recibió el nombre de feudo. Al principio, los feudos se otorgaban de por vida, pero pronto se volvieron hereditarios. Esta situación influyó en el debilitamiento de la autoridad monárquica, pues los señores se volvieron poderosos y la posición del rey se debilitó al no tener más tierras para entregar a sus vasallos a cambio de su fidelidad. El trabajo rural fue la base de la economía durante toda la Edad Media. La producción se basaba en la explotación de grandes propiedades autosuficientes donde trabajaban colonos y siervos. Los/as campesinos/as recibían tierras de cultivo para mantener a sus familias a cambio de entregar al *señor* (propietario de la tierra) una parte de la producción y de trabajar algunas jornadas en las tierras que dependían directamente del señor.[17]

A partir de la segunda mitad del siglo X comenzó a aumentar la población, debido, posiblemente, a la mayor tranquilidad obtenida como producto del cese de los ataques de las segundas invasiones. Es posible también que el aumento demográfico haya obedecido a la difusión de adelantos tecnológicos en las tareas rurales, produciendo mayor cantidad de alimento, o bien que el aumento de la población haya promovido un mejoramiento tecnológico para producir más alimentos. Lo cierto es que la población continuó creciendo hasta fines del siglo XIII, cuando el ritmo comenzó a bajar. Entonces se frenó la expansión, la población dejó de aumentar y empezó su retroceso. El hambre, las pestes y las guerras azotaron poblaciones enteras. El sistema de estamentos surgido en el siglo XII sentó las bases para el posterior desarrollo del Estado moderno: la existencia de entidades políticas de carácter duradero que se extendían sobre un territorio y una población delimitados; la lealtad hacia el Estado –por sobre las lealtades familiares e incluso religiosas–; se establecieron nuevas formas de relaciones políticas no mediadas por lealtades personales sino institucionalizadas a través de organizaciones financieras y judiciales permanentes, al tiempo que se generó un cuerpo de administradores profesionales. Este sistema de gobierno continuó sufriendo la principal debilidad del feudalismo: la dispersión del poder entre distintas entidades políticas. Será en la última etapa de este período que

17. Los libros de George R. R. Martin o la adaptación de los mismos –la serie *A Game of Thrones*– y también el libro de Umberto Eco y la película homónima, *El nombre de la rosa*, contienen paisajes y escenarios que evocan el feudalismo.

comience a delinearse la idea de soberanía y en consecuencia el reconocimiento del gobernante como figura que concentra las prerrogativas políticas vinculadas con la elaboración y aplicación de la ley y que habilitará la concentración del poder en el monarca.[18]

## Estado Absolutista

El Estado moderno logró constituirse cuando se inició un proceso de expropiación de los medios de coerción y de administración que se encontraban bajo el control de distintas asociaciones políticas (señores feudales, ciudades autónomas y órdenes religiosas). Los medios materiales de coerción y administración quedaron bajo el control de un poder central, al tiempo que se fueron eliminando distintos tipos de derecho existentes para conformar un conjunto de normas bajo los principios del derecho romano. Entre los siglos XVI y XVII la monarquía absoluta se transformó en el tipo de gobierno predominante en Europa y eso conllevó la destrucción de las formas medievales de organización política, como las ciudades-estado libres. El surgimiento de los Estados absolutistas en realidad obedeció a factores militares y económicos antes que a factores políticos. La monarquía absoluta brindó a la naciente burguesía cierto "orden" que la nobleza feudal no podía ofrecerle. El rey, por su parte, encontró en la burguesía una fuente de financiamiento alternativa, evitando así los controles que la nobleza le imponía a cambio.[19]

Los comerciantes, azorados por robos y atropellos en los caminos, reclamaron al rey que les brindara seguridad e hiciera imperar el orden. Esta incipiente burguesía buscó entonces en los monarcas aquella seguridad que el señor feudal no estaba en condiciones de brindarles.[20]

18. Juan Manuel Abal Medina, *Manual de Ciencia Política*, *op. cit*.
19. Juan Manuel Abal Medina, *Manual de Ciencia Política*, *op. cit*.
20. Muchas de estas escenas pueden asociarlas con distintas historias y saberes populares. Por ejemplo, con Robin Hood. Robin Hood fue un arquetípico héroe y forajido del folclore inglés medieval. Inspirado por Ghino di Tacco, según la leyenda, Robin Hood era un hombre llamado Robin Longstride o Robin de Locksley, quien era de gran corazón y vivía fuera de la ley, escondido en el bosque de Sherwood y de Barnsdale, cerca de la ciudad de Nottingham. El mejor arquero, defensor de los/as pobres y oprimidos/as, luchaba contra el *sheriff* de Nottingham y el príncipe Juan sin Tierra, que utilizaban la fuerza pública para acaparar ilegítimamente las riquezas de los/as nobles que se les oponían. En la Inglaterra medieval, todo individuo que se oponía a los edictos reales era forajido/a. Robin Hood, que atacaba a los/as ricos/as para darles el dinero a los/as pobres y luego se escondía en el bosque, es una muestra clara y precisa del miedo con que los/as ricos/as (comerciantes e incipiente clase burguesa, es decir, propietaria de los medios privados de producción) vivían.

Procurando proteger la propiedad privada y el derecho a la vida, surge la necesidad de pensar un nuevo modelo de Estado que se adapte a las nuevas necesidades de la población. El Estado Absoluto tomó el poder de la Iglesia y adoptó la forma de una monarquía absoluta, concibiendo el poder como de origen divino. En este Estado absoluto no hay división de poderes ni garantías para los ciudadanos, más allá de la protección del derecho a la propiedad privada y del derecho a la vida. En el Estado absoluto el monarca no reconoce límite alguno; se cree omnipresente y no reconoce límites al ejercicio del poder. El monarca aquí está firmemente convencido de ser la reencarnación de Dios en la Tierra; cree fervientemente que el mismo es la encarnación del Estado, dando sentido a la frase "El Estado soy yo".

Uno de los autores que podemos asociar a este modelo de Estado, en tanto fundamenta teóricamente el poder absoluto, es el filósofo político inglés Thomas Hobbes (1588-1679), cuya obra cumbre es *Leviatán, o La materia, forma y poder de una república eclesi*ástica *y civil*. Hobbes concibe el estado de naturaleza como una situación donde el Estado está basado en las pasiones humanas, lo cual lleva a una guerra de todos/as contra todos/as. El Estado surge a partir de un contrato[21] realizado entre individuos y constituye la suma de los intereses de los/as particulares, siendo el fundamento de la propiedad. En este Estado no hay diferencia entre la esfera pública y la esfera privada. Los individuos aceptan renunciar a sus derechos en la medida en que todos/as lo hacen. ¿Existen limitaciones al poder absoluto del monarca? Sí, aquellas que surgen de la propia razón y conciencia del soberano. Esta asociación de hombres es la que habrá de firmar el contrato que deposita el poder en el soberano, quien ostenta al mismo tiempo el poder eclesiástico y civil.[22]

La monarquía absoluta implica una evolución con relación a la monarquía feudal. No obstante, la excesiva concentración de poder y las contradicciones incompatibles que conlleva harán que eclosione, dando paso a una nueva forma para el Estado que habremos de conocer como "Estado liberal".

## Estado liberal

El surgimiento de esta forma de Estado está indisolublemente asociado con el Liberalismo, entendido como movimiento cuestionador del poder absoluto y de las pretensiones divinas que este ostenta. Al tiempo que pretendió restringir los poderes del Estado el Liberalismo buscó defender los valores de la tolerancia y del respeto por

21. Razón por la cual ubicamos a Hobbes dentro del grupo de autores/as "contractualistas".
22. Un ejercicio interesante consiste en buscar una imagen del Leviatán, la obra cumbre de Hobbes, donde el monarca está caracterizado como un varón que viste un traje conformado por la unión de cientos de hombres y mujeres.

la vida privada de las personas. Tanto la defensa del Estado constitucional, como de la propiedad privada y de una economía de mercado competitivo fueron los caballos de batalla de este modelo de Estado. Esta defensa del mercado competitivo constituyó una clara oposición al Estado Absoluto, que entre sus características definitorias incluía el mercantilismo.[23] El escenario donde hubo de gestarse esta discusión por un Estado donde todas las personas estuvieran bajo el dominio de la ley y fueran ajenas a los caprichos de los gobernantes fue principalmente Inglaterra. En este Estado Liberal la burguesía modifica su postura con relación al Estado Absoluto; la burguesía y sus intereses habrán de imponer un nuevo tipo de relación entre el Estado y la sociedad civil, enmarcada en el contexto del Constitucionalismo.[24]

La teoría de la división de poderes será uno de los principios fundantes del Estado Liberal, donde el poder judicial actúa como contralor de los poderes legislativo y ejecutivo y donde existe una perfecta armonía entre frenos y contrapesos –*check and balances*–. Al mismo tiempo, el soberano –quien ejerce el gobierno– estará ubicado, al igual que cualquier otro/a ciudadano/a, por debajo de la ley. El accionar de toda la maquinaria estatal habrá de estar sujeto y controlado por la ley. Surge así el concepto de "Estado de Derecho", donde todas las acciones de todos/as los/as ciudadanos/as deben ser acordes a la ley. El Estado Liberal convive pacíficamente con el capitalismo y los individuos pueden competir en el mercado por su bienestar, en el marco de una democracia restringida. Caracterizado principalmente por la propiedad privada de los medios de producción el capitalismo habilitará a que el mercado se autorregule a través del libre juego de la oferta y la demanda.[25] Para que el capitalismo despliegue sus bonanzas será imprescindible que el Estado proteja la libertad de elección de los/as ciudadanos/as, al mismo tiempo que deberá permanecer ajeno al mercado.

Uno de los teóricos más importantes para el liberalismo será John Locke (1632-1704), quien consideraba que el fin de la política lo constituye el logro de la paz, la armonía y la seguridad. El "estado de naturaleza" constituye un estado pacífico, donde la propiedad privada, la vida, la libertad y el derecho a la felicidad

23. Las medidas propias del mercantilismo conllevan una fuerte intervención en la economía de mercado y, consecuentemente, implica trabas para el desarrollo del mercado.
24. Juan Manuel Abal Medina, *Manual de Ciencia Política*, *op. cit*.
25. Adam Smith (1723-1790), economista y filósofo escocés, fue uno de los mayores exponentes de la economía clásica. Smith basaba su ideario en el sentido común y defendía el acceso cotidiano e inmediato a un mundo exterior independiente de la conciencia. Este pensador escocés creía que el fundamento de la acción moral no se basa en normas ni en ideas nacionales, sino en sentimientos universales, comunes y propios de todos los seres humanos. En 1776 publicó *La riqueza de las naciones*, sosteniendo que la riqueza procede del trabajo de la nación. El libro fue esencialmente un estudio acerca del proceso de creación y acumulación de la riqueza. Este trabajo le significó el título de fundador de la economía porque fue el primer estudio completo y sistemático del tema.

son derechos naturales de los hombres, anteriores a la constitución de la sociedad. El Estado tiene como misión principal proteger esos derechos, así como las libertades individuales de los ciudadanos. También sostiene que el gobierno debe estar constituido por un rey y un parlamento. El parlamento es donde se expresa la soberanía popular y donde se hacen las leyes que deben cumplir tanto el rey como el pueblo. Entre los valiosos aportes de este autor podemos mencionar que describe la separación del poder legislativo y el ejecutivo. La autoridad del Estado se sostiene en los principios de soberanía popular y legalidad. Al Estado le confiere funciones de decisión en controversias entre los individuos, en el contexto de la pluralidad y la tolerancia, en tanto existe diversidad de opiniones e intereses entre los hombres, fruto de las distintas vías individuales de búsqueda de la felicidad, por lo que el desacuerdo y los conflictos son inevitables.[26] ¿Cuál será el motivo por el cual estas personas que viven en el estado de naturaleza en una situación de paz y sometidos a leyes naturales que surgen de la razón (el derecho a ejercer justicia por mano propia y la limitación de la propiedad privada por medio de elementos en su mayoría perecederos) abandonan esta situación? En términos de Locke, los hombres salen del estado de naturaleza tras haberse generado una situación de injusticia, tanto en el castigo como en el resarcimiento por el crimen cometido, que desemboca en un ciclo infinito de injusticias posteriores. En consecuencia, el proceso de creación de la sociedad civil y/o política se da a través de un contrato social destinado a proteger la propiedad privada y la vida de los individuos.[27]

A efectos de poder caracterizar cabalmente el Estado Liberal, referiremos sus características más sobresalientes:

- El Estado Liberal conlleva el nacimiento de un ámbito específico para la sociedad civil.
- El Estado Liberal constituye una sociedad de individuos libres que compiten en el mercado en la búsqueda de su propio bienestar y en el marco de una democracia restringida.
- En la visión liberal al Estado le cabe una función negativa, es decir, es la agencia que tiene como finalidad remover los obstáculos para la autonomía de los mercados.[28]

26. John Locke fue un filósofo y médico inglés considerado uno/a de los/as más influyentes pensadores/as del Siglo de las Luces, conocido como el "Padre del Liberalismo Clásico". Entre sus obras más destacadas podemos mencionar *Ensayo sobre el gobierno civil*.
27. Al preguntarnos por las distintas estrategias esbozadas por Hobbes y Locke es necesario tener en cuenta que escriben en tiempos muy diferentes. Mientras que Hobbes escribe en una época en que las nacientes burguesías nacionales se sentían protegidas por el Leviatán, Locke escribe cuando ya las burguesías se sienten lo suficientemente fuertes como para sostener ellas mismas el poder.
28. Los cuales, en términos de Adam Smith, se autorregulan a través del libre juego de la oferta y la demanda.

- Con el advenimiento del capitalismo aparece la disociación entre la esfera de lo social y de lo político.
- La forma jurídica que adopta el capitalismo será la de los Estados Nacionales, donde el sujeto será el/la ciudadano/a, en tanto individuo titular de derechos;
- El ciudadano –o *citoyen*– goza de los derechos denominados civiles y políticos que conllevan la obligación del Estado de no interferir en la vida de estas personas y permitirles su libre desarrollo. Al mismo tiempo el Estado deberá generar condiciones propicias para que estas personas puedan ejercer sus derechos. El Estado aparece como facilitador para el goce pleno y efectivo de los derechos de los/as ciudadanos/as.
- La noción de ciudadano/a es restringida y no universal; para el Estado Liberal no todas las personas gozarán de esta calidad sino solo aquellos que compartan ciertos atributos (generalmente vinculados con el lugar de nacimiento, el género y/o el poder adquisitivo).
- El vínculo entre la sociedad civil y el Estado será directo y no estará intermediado por actores de ninguna índole; es decir, no será necesario intermediar el diálogo con el Estado sino que los distintos actores sociales –gremios, sindicatos, organizaciones de la sociedad civil– podrán dirigirse directamente al Estado.
- El Estado Liberal privilegia la libertad por encima de la igualdad.
- La igualdad que prevalece frente a este modelo de Estado será la igualdad formal, es decir, la igualdad de las personas ante la ley.[29]

Los/as liberales armaron su sistema fundándose en un sistema aparentemente democrático que les permitía legitimar su gobierno; y al mismo tiempo tejieron redes invisibles que impedían cualquier posible ascenso de las inquietudes obreras al parlamento burgués, levantando muros invisibles a la real democracia. Si la única clase representada en el parlamento era la propia burguesía no tendrían ningún problema para gobernarse a sí mismos y dotarse de un cuerpo legal que beneficiara su propio desarrollo económico, a la vez que protegiera su patrimonio. En este sentido, los pilares básicos del liberalismo económico fueron la propiedad y la iniciativa privada. Esta estrategia política se veía acompañada de las paupé-

29. A tono con el liberalismo imperante en el momento de redacción de nuestra Constitución Nacional (1853-1860) su artículo 16 consagra la igualdad formal en los siguientes términos: "Artículo 16. - La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

rrimas condiciones de vida de la clase obrera.[30] Del mismo modo que sucede en la actualidad, al no disponer de medios de producción (ni poder adquirirlos por su limitada capacidad de ahorro), la clase obrera no tenía más remedio que vender su fuerza de trabajo al capitalista, quien además de obtener abundantes beneficios se apropiaba de la valiosa plusvalía que genera cualquier trabajo por cuenta ajena. Una serie de crisis económicas y sociales dejaron en evidencia las falencias del liberalismo económico y dieron lugar a la aparición de respuestas alternativas.[31]

En términos generales el colapso fue producto de lo que hubo de denominarse la "cuestión social". En particular, la Gran Depresión (también conocida como crisis del '29) sentó las bases de la hecatombe que habría de tener repercusiones a nivel mundial.[32] La crisis económica mundial se prolongó durante la década del treinta, en los años anteriores a la Segunda Guerra Mundial. En términos económicos fue la depresión más larga en el tiempo, de mayor profundidad y la que afectó a mayor número de países en el siglo XX. En particular la llamada *Gran Depresión* se originó en los EE.UU., a partir de la caída de la bolsa del 29 de octubre de 1929 (conocido como *crack* del 29 o "martes negro") y rápidamente se extendió a casi todo el mundo. La depresión tuvo efectos devastadores en casi todos los países, tanto ricos como pobres, donde la inseguridad y la miseria se expandieron velozmente, de modo que cayeron la renta nacional, los ingresos fiscales, los beneficios y los precios. El comercio internacional descendió y aumentó estrepitosamente el desempleo. Los efectos de la crisis se expandieron a todo el mundo, siendo particularmente grave su incidencia en aquellas ciudades que dependían de la industria pesada. Al mismo tiempo, la industria de la construcción prácticamente se detuvo. La agricultura y las zonas rurales sufrieron la caída de los precios de las cosechas. Ante la caída de la demanda, las zonas dependientes de las industrias del sector primario, con pocas fuentes alternativas de empleo, fueron las más perjudicadas.[33] Los países utilizaron diversas y variadas recetas para recuperarse y salir de la crisis, aunque sus efectos nocivos se prolongaron durante mucho tiempo, incluso hasta el comienzo de la Segunda Guerra Mundial.[34]

30. *Tiempos modernos* es un largometraje de 1936 escrito y dirigido por Charles Chaplin, quien fue también el actor principal. La película refleja las condiciones desesperadas de las cuales era víctima un empleado de la clase obrera en la época de la Gran Depresión, en pos de la eficiencia de la industrialización y de la producción en cadena.

31. Una de las propuestas más originales a la cuestión social y con mayor cantidad de adherentes y detractores proviene del filósofo y economista vienés Karl Marx (1818-1883), quien en 1848 redactó el *Manifiesto Comunista* y es considerado mundialmente como el teórico fundamental del socialismo.

32. http://razonypolitica.blogspot.com.ar/2011/10/crisis-del-estado-liberal-clasico-y-sus.html.

33. Eric Hobsbawm, *Historia del siglo XX*. Buenos Aires, Crítica, 2006.

34. Una de las recetas más innovadoras fue la aplicada por el presidente de los Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt, quien implementó el *New Deal* en 1932. Por el contrario, en Alemania –país con políticas inclusivas hasta la década del treinta– la salida de la crisis

*Madre migrante*, foto de Dorothea Lange, muestra a los/as desposeídos/as cosechadores/as de California, y se centra en Florence Owens Thompson, de 32 años, madre de 7 hijos, en Nipomo, California (marzo de 1936).

## Estado de Bienestar

El Estado Keynesiano de Bienestar (EKB) surge asociado al final de la Segunda Guerra Mundial, como producto de las crisis anteriormente descriptas.[35] Hasta la década de los 70 tuvo un exitoso desarrollo (conocido como los "treinta años gloriosos") sustentado en políticas públicas destinadas a la plena vigencia de tres derechos: seguridad social, vivienda y pleno empleo. En este marco, el EKB cubre aquello que habremos de denominar "contingencias": el desempleo; los accidentes de trabajo; y las jubilaciones. En definitiva, el Estado aparece

trajo aparejada la implementación de una política intervencionista y la consagración de Adolf Hitler como primer ministro de un Estado que sería considerado nacional-socialista.

35. No debemos confundir el Estado Keynesiano de Bienestar con el Estado de Bienestar. "Mientras el keynesianismo o el EK significó una ruptura con la etapa liberal previa a la década de 1930 y una respuesta a las crisis recurrentes por estas producidas, el EB ya había desarrollado sus instituciones antes de la Gran Depresión. Segundo, las causas que los originaron son diferentes: el EB respondió a motivaciones de índole político-social, mientras que el EK lo hizo a determinantes de naturaleza fundamente económica. En tercer lugar, mientras los instrumentos típicos del EK son flexibles, para poder ser utilizados anticíclicamente, las instituciones del EB están caracterizadas por su rigidez, ya que crean derechos garantizados jurídicamente e incorporados como derechos adquiridos en la conciencia de la población. Cuarto, el EK opera en el campo de la inversión y la producción, mientras que el EB lo hace en el terreno de una redistribución que pretender permitir el acceso de amplios sectores de la población al consumo de bienes y servicios". Isuani, Lo Vuelo y Tenti (1991: 9), citado en Juan Manuel Abal Medina, *op. cit*.

acompañando a los sujetos en los avatares propios de la vida de una persona. A medida que el EKB se fortalezca incluirá nuevas contingencias (como por ejemplo la cobertura del embarazo) y ampliará los alcances del seguro social a mayor cantidad de población.

Las principales características del EKB son las siguientes:

- El Estado constituye una sociedad de individuos libres donde el Estado interviene en el mercado en la búsqueda del bienestar de aquellos/as que históricamente han estado en una situación de desventaja y en el marco de una democracia representativa.
- El Estado tiene una función positiva y un rol intervencionista: es la institución que tiene como finalidad equilibrar las desventajas que produce el mercado.
- La forma jurídica que adopta este capitalismo moderado –donde la propiedad privada cumple una función social– será la de los Estados de Bienestar.
- Los/as ciudadanos/as gozan de los derechos denominados económicos, sociales y culturales que conllevan la obligación del Estado de propiciar el goce pleno de estos derechos y remover los obstáculos que interfieran en estos derechos.
- La noción de ciudadano/a es amplia y universal. Los/as sujetos son considerados/as sujetos de derecho en virtud de su pertenencia a determinados grupos; lo que genera un fuerte sentimiento de pertenencia.[36]
- El vínculo entre la sociedad civil y el Estado estará intermediado por agencias.[37]
- El Estado Keynesiano de Bienestar privilegia la igualdad por encima de la libertad.
- La igualdad que prevalece en este modelo de Estado será la igualdad de oportunidades. En consecuencia, todas las personas, sin ningún tipo de diferenciación, tienen la oportunidad de acceder a los mismos derechos.

El análisis del Estado de Bienestar en sus distintas variantes tiene plena vigencia en la actualidad. Esping-Andersen,[38] sociólogo danés, considera que no existe un único modelo de Estado de Bienestar sino tres modelos posibles, a partir de considerar la variación del gasto social en las distintas versiones del Estado de

36. Característico de este momento son los derechos de los/as estudiantes, jubilados/as, trabajadores/as y de la familia.
37. Ejemplo típico sería el caso de los sindicatos que representan a los/as trabajadores/as en las negociaciones con empresarios/as y que son supervisados por el Estado.
38. Gosta Esping Andersen, *Los tres mundos del Estado de Bienestar*, Valencia, Institució Alfons el Magnànim, 1993.

Bienestar y dependiendo de la orientación ideológica del partido gobernante. Para este autor, la alianza con un partido político en particular (izquierda, derecha y centro) otorga la característica definitoria al Estado de Bienestar, explicando de esta manera las varianzas posibles dentro del amplio espectro de posibilidades que engloba la denominación "Estado de Bienestar". Esping Andersen (1993) incorpora en su análisis tres dimensiones que le permiten diferenciar entre los diversos Estados de Bienestar que conviven actualmente en Europa: cobertura y sujetos beneficiados/as; nivel de beneficio; y vínculo entre el Estado y el Mercado.[39]

Sin embargo, pese a la vigencia de esta clasificación, la misma aparece como inadecuada para calificar a nuestro país, caracterizado como una democracia de ingresos medios. En la República Argentina el EKB hizo su entrada triunfal de la mano de Juan Domingo Perón. En este sentido, la Constitución del año 1949 es un claro y preciso ejemplo del movimiento denominado constitucionalismo social –el aspecto jurídico del Estado de Bienestar–. A partir del año 2003, el Estado argentino fue adoptando políticas características del modelo de EKB, como por ejemplo la implementación de transferencias de carácter universal.[40]

Aunque que muchas veces se ha hablado de la crisis del Estado de Bienestar[41] lo cierto es que en el siglo XXI se ve una expansión de programas sociales como característica destacada de las sociedades industriales avanzadas.[42] Mientras que la expansión del Estado de Bienestar incluyó la implementación de políticas populares en un ambiente relativamente no desarrollado sobre los intereses de grupos, el retraimiento del Estado de Bienestar requiere por parte de los/

39. En el modelo socialdemócrata la cobertura es universal, es decir, llega a todos los/as ciudadanos/as, el beneficio es austero y el principal proveedor es el Estado –no hay servicios privatizados–, siendo ejemplo de este modelo de Estado de Bienestar los países nórdicos (Suecia y Dinamarca). En el Estado demócrata cristiano (también llamado conservador) los beneficios están limitados a ciertos sectores de la población. Sin embargo, el beneficio es generoso aunque varía dependiendo de la contribución de cada ciudadano al sistema. En este modelo el mercado tiene mayor participación y el Estado no privilegia el pleno empleo sino el empleo de los varones como sustento de la familia; y caracteriza a Europa continental. Finalmente, el Estado Liberal conviene a los/as más pobres pero aquel/la que puede habrá de buscar satisfacer sus necesidades en el mercado, en tanto en términos generales los beneficios son más modestos. Ejemplo de este modelo lo constituyen Inglaterra, Estados Unidos y Canadá.

40. Una de estas medidas es la asignación universal por hijo (AUH), creada por Decreto 1602/2009, que consiste en el pago mensual de una suma de dinero por hijo. Este monto se paga el 80% en forma directa y el 20% restante podrá ser retirado una vez al año, cuando se demuestre que el niño/a concurrió a la escuela y que cumplió con los controles de salud a través de la libreta nacional de seguridad social, salud y educación.

41. En la década de los 70 se anunció que el Estado de Bienestar había llegado a su fin a raíz de la crisis del petróleo, cuando los precios se elevaron y el dinero circulante generó la deuda externa en muchos países de América.

42. Paul Pierson, *The new politics of the Welfare State*, Cambridge University Press, Vol. 48, Nº2, 1996, pp. 143-179.

as gobernantes políticas impopulares que deben resistir el escrutinio tanto de votantes como de redes afianzadas de grupos de interés. Tanto el apoyo de los grupos de interés como de los/as votantes será sumamente valioso en lo relativo a la oposición con respecto a los posibles recortes en los beneficios que garantiza el Estado de Bienestar. En cierto sentido, tanto los grupos de interés como los/as votantes constituyen la "resistencia" a un posible recorte y/o retraimiento del Estado de Bienestar. Así, no puede compararse el proceso de expansión del Estado de Bienestar con lo que sería su achicamiento, ya que no tiene el mismo efecto expandir beneficios que recortarlos. Por otro lado, mientras que los efectos positivos de los beneficios en ocasiones demoran en percibirse, los costos de un retraimiento del Estado están concentrados y en general son inmediatos. La instauración e implementación de programas sociales universales traen aparejado el surgimiento de redes de solidaridad entre los grupos de interés y fuertes lazos populares con determinadas políticas públicas, consolidando la imposibilidad de desbaratar estas políticas propias del Estado de Bienestar. En la Argentina la maduración del Estado de Bienestar genera un proceso que puede visualizarse muy fácilmente: la emergencia de poderosos grupos alrededor de programas sociales hace que el Estado tenga menor dependencia con respecto a los partidos políticos, movimientos sociales y sindicatos. Estos vínculos habrán de generar nuevas políticas y en consecuencia las estrategias políticas deberán ser rediscutidas y adoptarán nuevas estrategias.[43]

## Ejercicio

Un recorrido por el mundo nos permite ver que entre las instituciones denominadas "Estado" existen aquellas donde las religiones forman parte de la vida cotidiana. El caso de Irán ejemplifica este modelo de Estado donde el proceso de secularización –separación entre Estado e Iglesia– no ha tenido lugar. Irán, cuyo nombre oficial es República Islámica de Irán, es un Estado de Oriente Medio y Asia Occidental. Nótese que la religión aparece incluso en la denominación de este Estado Nacional, dejando en evidencia la estrecha relación que allí existe entre religión y política. El Estado no es un Estado laico sino que adopta deliberadamente una religión de Estado. Teherán es la capital, además de ser el centro político, industrial, comercial y cultural del país. Irán[44] es una potencia regional

43. Paul Pierson, *The new politics of the Welfare State*, *op. cit*.
44. Con relación a Irán, volverán a estudiar sobre este país probablemente cuando cursen la materia de la carrera llamada "Derecho internacional público", donde un fallo de la Corte Internacional de Justicia hace referencia al asalto a la embajada de los Estados Unidos en

a la que sus grandes reservas de hidrocarburos (cuarto lugar en petróleo y primero en gas a nivel mundial) confieren jerarquía de superpotencia energética y le reportan desde hace décadas una sustancial renta financiera.

Por otro lado está el caso de Finlandia, en el noreste de Europa. La capital y ciudad más importante del país es Helsinki. En 2011, Finlandia contaba con una población de 5,4 millones de habitantes en un área de 303.899 km². Finlandia es el sexto país más extenso de Europa y cuenta con una densidad poblacional baja, de 15,5 habitantes por km², lo que convierte al país en el segundo de menor densidad poblacional de la Unión Europea. Actualmente, Finlandia es una república parlamentaria y democrática. La economía de Finlandia es una de las más prósperas en el continente, basándose en los importantes sectores de servicios, así como de manufactura. En el país existe un Estado de Bienestar, así como una política altamente democrática y con niveles sumamente bajos de corrupción.

¿Qué similitudes existen entre Irán y Finlandia? ¿Por qué a ambos países les corresponde la denominación "Estado"? ¿Por qué ambos, a partir de tal categorización, pueden integrar un organismo internacional como lo es la Organización de Naciones Unidas?

## Bibliografía

Abal Medina, Juan Manuel: *Manual de Ciencia Política*. 2ª edición. Buenos Aires, Eudeba, 2014.

Esping Andersen, Gosta: *Los tres mundos del Estado de Bienestar*, Valencia, Institució Alfons el Magnànim, 1993.

Hobbes, Thomas: *Leviat*án*. O la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, 1651.

Teherán (situación que aparece reflejada en el film *Argo*). Irán se convirtió en República islámica el 1 de abril de 1979. Las relaciones con los Estados Unidos se volvieron antagónicas cuando estudiantes de Irán entraron y capturaron al personal de la embajada de este país y los catalogaron como espías y ligados con la CIA para derrocar al ayatolá como hicieron con Mosaddeq en 1953. El 23 de septiembre de 1980 estalló la guerra entre Irán e Irak, después de que este último país denunciara el tratado fronterizo de 1975. Ese mismo año, el régimen islámico ejecutó en secreto a miles de prisioneras/os políticas/os, entre miembros del PMOI y militantes izquierdistas del Fedaian y el Tudeh (Partido Comunista); Amnistía Internacional documentó la ejecución de 4482 prisioneras/os, mientras que la oposición lo cifra en hasta 30.000 personas. Al año siguiente murió Jomeini, sucediéndole Alí Jamenei como jefe de estado. En 2002, el presidente de los Estados Unidos George W. Bush incluyó a Irán en el llamado "Eje del mal", aludiendo a que, según él, era un estado que apoyaba el terrorismo. La sospecha de que el programa nuclear iraní pueda tener fines militares ha llevado a un enfrentamiento entre Irán y los países occidentales.

Hobsbawm, Eric: *Historia del siglo XX*, Buenos Aires, Crítica, 2006.
Ministerio de Educación de la Nación Argentina: Temas y actividades. Ciencias Sociales. Disponible en la URL: http://www.educ.ar/sitios/educar/recursos/ver?id=70218
Oszlak, Oscar: *La formación del Estado argentino. Origen, Progreso y Desarrollo Nacional*. Buenos Aires, Editorial Planeta, 1997.
Pierson, Paul: *The new politics of the Welfare State*, Cambridge University Press, Vol. 48, Nº2, 1996, pp. 143-179.
Smith, Adam: *La riqueza de las naciones*, 1776.

*Películas recomendadas*

*Persépolis*, dirigida por Marjane Satrapi, 2007.
*Argo*, dirigida por Ben Affleck, 2012.
*Tiempos Modernos*, dirigida por Charles Chaplin, 1936.

*Libros recomendados*

*El señor de las moscas*, William Golding.
*1984*, George Orwell.
*Rebelión en la granja*, George Orwell.
*Un mundo feliz*, Aldous Huxley.
*El nombre de la rosa*, Umberto Eco.

# Capítulo IX
# Gobierno

*Tatiana Hirschhorn*

## Concepto de gobierno

A partir de la definición realizada de Estado, habremos de adentrarnos en el estudio del gobierno. Mientras que el Estado está pensado como una institución con vocación de continuidad y perpetuidad en el tiempo, el gobierno, por su propia naturaleza, es una agencia limitada a ciertos períodos de tiempo, que para conservar y fortalecer su eficacia debe rotar periódicamente. A partir de esta diferencia sustantiva, entendemos al gobierno como el centro a partir del cual se ejerce el poder político en una sociedad. ¿Qué significa poder político? El poder vinculado con la capacidad de dirigir o de conducir a una comunidad.

La definición de gobierno habrá de variar conforme la perspectiva desde la cual se aborde:[1]

- El gobierno puede aludir conjunto de individuos que ejercen el poder de autoridad dentro de un sistema político. El gobierno así entendido implica una relación entre gobernantes y gobernados/as. Los/as gobernantes tienen autoridad porque sus decisiones son soberanas; obligatorias y generadoras de sanciones. Se trata de una concepción subjetiva sobre el poder. La imagen típica que evoca esta perspectiva es la del/la timonel encargado de dirigir el rumbo un barco.
- A partir del concepto de "gobierno" podemos referirnos a la actividad consistente en dirigir una sociedad. Como conjunto de funciones el gobierno implica mantener la unidad política en la comunidad y defender sus intereses frente a otros gobiernos. Utilizando la metáfora anterior, aquí nos referimos precisamente a la dirección y al andar del barco.
- También podemos utilizar el concepto de gobierno para referirnos a las instituciones a partir de las cuales se ejerce la autoridad y a partir de las

1. Hipólito Orlandi y Javier Zelaznik, "El Gobierno", en Julio Pinto (comp.), *Introducción a la Ciencia Política*, Buenos Aires, Eudeba, 1995.

cuales se toman las decisiones al interior de una comunidad. Esta visión institucionalista significa un conjunto de construcciones sociales que permanecen en el tiempo aunque cambien los objetivos. La perspectiva objetiva implica que el análisis del poder habrá de trasladarse desde los/as sujetos a las instituciones. En el caso del barco, sería el conjunto de reglas que permite su correcto funcionamiento; por ejemplo, la división de funciones entre el capitán o capitana y los/as tripulantes.

## Legitimidad del poder

En estrecha relación con la idea de gobierno aparece la noción de legitimidad del poder. La legitimidad consiste en el grado de consenso o adhesión que el gobierno posee u obtiene de la sociedad en la que se ejerce, de modo tal que las decisiones y normas que surgen del mismo no necesitan, generalmente, del uso de la fuerza física para obtener su cumplimiento.[2] La legitimidad consiste en el consenso o apoyo a través del cual los/as gobernados/as confieren autoridad a determinadas personas para que decidan sobre el rumbo del gobierno, influyendo en el orden y la paz de la sociedad y en la normalidad y estabilidad del gobierno. Por un lado, la legitimidad tiene una dimensión genética –también conocida como legitimidad de origen–, que refiere a la forma en la cual los/as gobernantes accedieron al poder.[3] Por otro lado, la legitimidad tiene una dimensión funcional, con la cual nos referimos a los resultados, a la eficacia y la efectividad del gobierno, llamada legitimidad en el ejercicio del poder.[4] Un gobierno habrá de ser considerado legítimo en tanto y en cuanto sus decisiones sean consideradas eficaces. Caso contrario, si las decisiones no generan consenso a nivel social, probablemente su legitimidad estará en crisis y en consecuencia tendrá pocas posibilidades de ser electo nuevamente para ejercer el poder. La legitimidad de origen es una cuestión de grados cuya varianza se mide a través del voto popular. Mientras tanto, los indicadores de la legitimidad funcional son más difusos y en general están relacionados con las elecciones legislativas que se realizan con posterioridad a la elección del/la presidente/a de la Nación. Una aclaración necesaria consiste en distinguir entre legalidad y legitimidad. Mientras que la

2. Sergio Darío Di Gioia, *Aportes para una teoría del Estado: estado de derecho, derechos humanos y lucha contra la impunidad en un mundo globalizado: legitimidad y responsabilidad internacional del estado*. 1ª edición, Buenos Aires, ML (Eme Ele), 2008.
3. Por ejemplo, un/a rey/reina llega al gobierno porque tiene legitimidad tradicional –en términos de Weber– y porque ha heredado su poder por derecho de sangre; mientras que en una democracia la legitimidad surge del voto.
4. Hipólito Orlandi y Javier Zelaznik, "El Gobierno", *op. cit*.

legalidad del gobierno hace referencia al apego al sistema jurídico normativo por parte de los y las gobernantes, la legitimidad hace referencia al consenso que el gobierno y sus acciones generan en la sociedad.

## Clasificaciones

A lo largo de la historia, filósofos/as, sociólogos/as, politólogos/as y juristas hemos intentando buscar clasificaciones que nos permitan entender el gobierno y al mismo tiempo nos habiliten a hallar diferencias y similitudes entre distintos modelos. Una de las clasificaciones y tipologías clásicas sobre el gobierno proviene de Aristóteles (384-322 a.C.),[5] quien utiliza dos criterios de distinción: 1) la orientación de las políticas adoptadas: en las formas rectas el gobierno se ejerce en nombre del pueblo; mientras que en las formas desviadas la clase gobernante ejerce el gobierno en beneficio propio –criterio cualitativo–; 2) el número de personas que ejerce el poder –criterio cuantitativo–. A partir de esta distinción realiza la siguiente tipología, que a continuación será brevemente desarrollada.

| Formas rectas | Formas desviadas |
|---|---|
| Monarquía | Tiranía |
| Aristocracia | Oligarquía |
| República (politeia) | Democracia |

Aristóteles considera que solemos llamar monarquía al gobierno unipersonal que vela por el bien común; el gobierno de pocos/as pero más de uno/a, aristocracia; y cuando la mayoría gobierna mirando el bien común, recibe el nombre de república (*politeia*). De estas formas de gobierno, Aristóteles presenta "desviaciones": la tiranía, de la monarquía –ya que se trata de una monarquía orientada al interés del monarca–; la oligarquía, que está orientada al interés de los/as ricos/as; y la democracia, que está orientada en interés de la gente pobre. Ninguna de las formas desviadas presta atención a lo que conviene a la comunidad.[6] Pese al tiempo transcurrido desde que Aristóteles escribiera esta obra (siglo IV a.C.), lo cierto es que esta clasificación tiene plena vigencia. No obstante, aún hay más para decir en la materia que nos compete.

5. Aristóteles, *Política*, Madrid, Alianza Editorial. Primera edición en "Biblioteca temática", 1998; primera reimpresión, 2000.
6. Esta clasificación habrá de perdurar en el tiempo aunque en lugar de República como forma recta de gobierno algunos/as autores/as la denominarán democracia.

## Gobierno unitario y federal

Esta distinción entre gobierno unitario y gobierno federal surge a partir de tener en cuenta que los gobiernos democráticos necesitan para gestionar acudir a distintos esquemas de organización territorial de la administración nacional. Entre los distintos poderes locales y el gobierno central se establece una red de múltiples relaciones, en las que se definen las atribuciones de cada uno de ellos, al tiempo que se especifican los controles recíprocos. La discusión entre la relativa concentración y la difusión del poder territorial nos permite pensar en países unitarios y federales.[7]Los gobiernos unitarios tienden a fusionar el poder: parten de la unificación vertical de las fuentes de toma de decisiones.[8] El control se ejerce desde el gobierno central siendo la administración local solo uno de sus brazos ejecutores. Cualquiera fuera el grado de autonomía del nivel de gobierno local –lo que en nuestros país conocemos como provincias pero que en otros lugares, como en Estados Unidos, llevan el nombre de Estados– estará siempre a merced de su contraparte central. En consecuencia en la forma de gobierno unitario esta forma de organización territorial de la política supondrá que las subunidades de gobierno están sometidas al poder central sin que el sistema político tolere cualquier tipo de coexistencia entre la unidad nacional y cualquier tipo de diversidad regional. Un gobierno unitario puede organizarse de dos formas posibles: puede existir una delegación del gobierno central hacia los niveles regionales, aunque los delegados están legal y políticamente subordinados al primero, ante el cual son responsables. Otro esquema de organización posible en el gobierno unitario es cuando el poder local es ejercido y controlado directamente por la administración central.[9] Ejemplos de gobierno unitario son: Gran Bretaña, Italia, Japón, Noruega, Finlandia. En Latinoamérica es el caso de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.[10] Nótese que en la práctica y a través de sucesivas reformas, muchas de estos países, a partir de exigencias de movimientos sociales y políticos han ido avanzando en grados crecientes de descentralización.

Con respecto a los gobiernos federales, tiende a existir una fragmentación del poder y existe una distribución de las fuentes de adopción de decisiones. Los gobiernos de las unidades constitutivas del Estado gozan de grados variables de

7. Hipólito Orlandi y Javier Zelaznik, "El Gobierno", *op. cit*.
8. Hipólito Orlandi y Javier Zelaznik, "El Gobierno", *op. cit*.
9. Hipólito Orlandi y Javier Zelaznik, "El Gobierno", *op. cit*.
10. Una circunstancia interesante es que en aquellos países con menor extensión territorial el modelo unitario suele ser más corriente que en grandes extensiones territoriales, donde suele prevalecer el tipo de gobierno federal. No obstante, esta apreciación no debe llevarnos a establecer rígidamente una afirmación en tanto Suiza y Alemania son países federales de restringida extensión territorial en comparación con Venezuela o Brasil –ambos también países federales.

autonomía constitucional, legal y política.[11] La coexistencia dentro del sistema político de un gobierno nacional (federal) y una serie de gobiernos locales está salvaguardada constitucionalmente, de manera que ninguno de ellos esté legal ni políticamente subordinado al otro. Entre los poderes locales y el poder federal suele colocarse una especie de árbitro (en general, el tribunal superior del Estado Federal) que resuelve las disputas que puedan suscitarse entre ellos, así como resolver los posibles conflictos entre las unidades locales.[12]

A efectos de precisar las características de un Estado Federal, deviene necesario presentar la caracterización realizada por Lijphart,[13] quien considera como elementos comunes a los sistemas políticos con gobierno federal:

- La existencia de una constitución escrita.
- El Poder Legislativo a nivel nacional posee una Cámara en que las unidades locales están representadas.[14]
- Las unidades locales ("provincias") tienen derecho a participar de la reforma de la Constitución y en consecuencia controlan al poder central.
- Existe un grado importante de efectiva descentralización del poder, en términos de fuente a partir de la cual obtienen sus recursos.

El gobierno federal debe ser considerado no solo desde la perspectiva del fraccionamiento del poder gubernamental sino también desde el punto de vista del reparto de las decisiones y actividades entre el gobierno central y los gobiernos regionales. Así, cada uno de los gobiernos regionales tiene plena competencia sobre algunas cuestiones mientras que en otras materias existe una competencia concurrente, en la que los gobiernos locales actúan como meros gestores del gobierno central, o en las que este gobierno central acude en ayuda de los primeros. Así, no existe una división tajante entre ambos niveles sino que existen instituciones y procedimientos específicos que facilitan y promueven la consulta y la cooperación intergubernamental.[15] En América Latina existen tan solo cuatro

11. En este sentido, siendo la República Argentina de gobierno federal –ver artículo 1 de la Constitución Nacional– el artículo 5 de la Carta Magna establece: "Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".
12. En nuestro país este rol es desempeñado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.
13. Arend Lijphart, *Electoral Systems and Party Systems: A Study of Twenty-Seven Democracies. 1945-1990*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
14. En nuestro país esta cámara es la de senadoras/es, en la que todas las provincias poseen tres senadoras/es, no importa cuál sea el tamaño de la provincia en particular y/o la cantidad de población.
15. Hipólito Orlandi y Javier Zelaznik, "El Gobierno", *op. cit*.

países federales: Argentina, Brasil, Venezuela y México. A nivel mundial podemos mencionar los Estados Unidos de Norteamérica, Alemania, Suiza y Canadá.

En términos de Burgess y Gagnon (2010), es necesaria la presencia de los ocho elementos mencionados a continuación para poder hablar de una democracia liberal que, combinada con las características estructurales de las federaciones, produce aquello que denominamos democracias federales.[16]

| |
|---|
| Una constitución escrita y suprema basada en los principios de "unidad y diversidad", los cuales estén formalmente arraigados por esta combinación de gobierno propio y gobierno compartido. |
| Una cultura constitucional en la cual los/as ciudadanos/as de la federación libremente perciban y acepten las normas y reglas de interpretación, así como las instituciones, procesos y prácticas de gobierno. |
| Un sistema político constitucional, así como un sistema de normas políticas y reglas de dos niveles, que distinga entre el nivel más alto de autoridad superior legal y/o moral y el más bajo nivel de autoridad que esté sujeto a restricciones legales y/o morales impuestas por las más altas normas constitucionales, incluyendo la habilidad para crear normas ordinarias y reglas, así como para establecer el significado de "constitucional" frente a eventuales conflictos. |
| Un gobierno constitucional basado en el reconocimiento de reglas constitucionales y ordinarias que establezcan límites legales y morales entre los miembros del gobierno, como por ejemplo, que ningún grupo puede concentrar todo el poder para resolver conflictos. El gobierno de la ley significa que el propio gobierno está sujeto a la ley y que no puede gobernar en forma arbitraria. |
| La existencia de competencia partidaria a múltiples niveles entre partidos con estructuras partidarias internas democráticas y candidatos/as que hayan sido oportunamente electos/as a través de medios legítimos y responsables. |
| La existencia de sistemas electorales que garanticen elecciones regulares a través de votaciones secretas y que estén libres de corrupción, intimidación o soborno. |
| La existencia de una oposición política partidaria que tenga la libertad de criticar públicamente, el derecho a desafiar y la habilidad para reemplazar al gobierno existente a través de medios pacíficos, democráticos y legítimos. |
| La existencia de medios libres que no puedan ser controlados por el gobierno. |

16. Michael Burgess and Alain-G. Gagnon, *Federal Democracies. Routledge Studies in Federalism and Decentralization* (XIV, Preface), Centre for Federal Studies, University of Kent, 2010.

A modo de conclusión, vale señalar que más allá de la estructura constitucional e institucional, la sola existencia del federalismo no implica la efectiva descentralización del poder. Incluso existen ejemplos de gobiernos unitarios menos centralizados que algunos países federales. El real problema reside en "el grado de control de los diferentes niveles del gobierno sobre los principales recursos [...] tasas, impuestos, tarifas, etc.". El papel fundamental del gobierno central en la recaudación impositiva, así como las subvenciones que otorga a los poderes locales, significan que estos últimos deben someterse a una dependencia, aunque la misma nunca llegue a ser absoluta.[17]

La relación conceptual entre federalismo y democracia nos enfrenta a las/os cientistas políticos/as con un sorprendente predicamento que involucra teoría y práctica. El mundo nos presenta algunos estados cuyas constituciones afirman ser federales pero cuyas prácticas políticas están en desacuerdo con las teorías convencionales liberales democráticas y algunos estados cuyas constituciones son formalmente no federales pero cuyas prácticas políticas son tanto democráticas liberales como federales. Estas realidades nos recuerdan que el mundo de los estados es tanto complejo como desprolijo y nos obliga a constantemente reexaminar nuestros conceptos básicos en orden de explicarlo y entenderlo.

## Gobierno parlamentario, presidencialista y semipresidencialista

Otra clasificación sobre el gobierno que merece nuestra atención es la que diferencia entre Parlamentarismo, Presidencialismo y Semipresidencialismo a partir de tres criterios:[18]

- Fuente de legitimidad: directa o indirecta.
- Forma en que se estructura el poder ejecutivo: colegiado o unipersonal.
- Forma en que se establece la relación entre las distintas estructuras de toma de decisiones: relación entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, frenos y contrapesos –*check and balances*–, y separación o fusión entre estas dos instancias.

Esta caracterización de los distintos regímenes democráticos toma en consideración la división horizontal del poder, es decir, la manera en que se distribuye el poder entre las estructuras de toma de decisiones.[19]

17. Hipólito Orlandi y Javier Zelaznik, "El Gobierno", *op. cit*.
18. Hipólito Orlandi y Javier Zelaznik, "El Gobierno", *op. cit*.
19. Juan Manuel Abal Medina, *Manual de Ciencia Política*, 2ª edición, Buenos Aires,

## Parlamentarismo

El origen del parlamentarismo está directamente relacionado con las sucesivas reformas políticas que transformaron a las monarquías absolutas de los siglos XVI y XVIII en los modernos regímenes políticos democráticos. El impulso inicial, siguiendo el desarrollo inglés (cuna del parlamentarismo), consistió en el pasaje de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional. Este momento, caracterizado como la Gloriosa Revolución de 1688 en Inglaterra –y recogido a nivel teórico por John Locke– estuvo centrado en el desarrollo de restricciones sobre las acciones del soberano (rey/reina).[20] En los hechos, significó la jerarquización del parlamento como órgano político de legitimidad popular, equiparándolo al/la rey/reina y adquiriendo la potestad de aprobar o desarrollar sus iniciativas o las de su Consejo de Estado. La monarquía constitucional significó pasar de un modelo político monista (con un solo foco de poder, el/la rey/reina) a otro modelo de carácter dual, basado en una doble legitimidad. Por un lado la legitimidad tradicional, personificada en la figura del/la rey/reina, quien ejerce el gobierno a través del/la primer/a ministro/a y su gabinete y que conserva la facultad de disolver el Parlamento. Por otro lado, una legitimidad popular limitada, cristalizada en un Parlamento encargado de legislar y sin cuyo voto ni las decisiones del/la rey/reina entran en vigencia ni las del/la primer/a ministro/a, propuesto por el/la monarca, puede asumir sus funciones.[21] A medida que las monarquías constitucionales han ido evolucionando, el/la rey/reina ha adoptado una posición formal y simbólica como jefe/a de Estado.

Téngase presente que, tratándose de un gobierno parlamentario, el mismo puede ser monárquico o republicano. Mientras que en el primer caso estaremos ante una monarquía constitucional, en el segundo caso estaremos frente a una república parlamentaria, donde el cargo de jefe/a de Estado será ocupado por un/a presidente/a electo/a por el Parlamento, con un mandato fijo. No obstante, así estemos en una monarquía o en una república, el/la jefe/a de Gobierno siempre tendrá a su cargo la dirección política y administrativa del país y se denominará primer/a ministro/a, premier o canciller. Esta será la denominación que corresponde a quien diariamente resuelve en un gobierno parlamentario todo lo vinculado con la administración y gestión de recursos. En el Parlamentarismo el Poder Ejecutivo será ejercido por un cuerpo colegiado, es decir, junto al/la primer/a ministro/a habrá un gabinete o consejo de ministros/as que lo acompañará en el desarrollo de sus tareas. Aunque los/as ministros/as de las distintas carteras son

Eudeba, 2014.

20. Juan Manuel Abal Medina, *Manual de Ciencia Política*, *op. cit*.

21. Juan Manuel Abal Medina, *Manual de Ciencia Política*, *op. cit*.

propuestos por el/la jefe/a de Gobierno, los/as mismos/as necesitan que el Parlamento –del cual estos/as mismos/as ministros/as forman parte– exprese a favor de ellos/as su consentimiento.[22] Insistimos en esta característica definitoria del parlamentarismo: los/as ministros/as, al mismo tiempo que ejercen sus funciones como tales, integran el Parlamento. Esto implica que la fuente de legitimidad del/la primer/a ministro/a es la misma que la del resto de los/as integrantes del ejecutivo. Al mismo tiempo, este mecanismo de elección de los/as ministros/as que acompañan al primer/a ministro/a en su labor cotidiana implica una cierta fusión de los poderes ejecutivo y legislativo –algo impensado en un gobierno presidencialista y que resulta alejado de nuestra realidad–. Sin embargo, debemos insistir en que en los gobiernos parlamentarios la distancia entre los poderes legislativo y ejecutivo es más corta y menos clara que en un gobierno presidencialista. Sin embargo, esta característica no atenta contra la estabilidad de estos gobiernos, sino que pareciera fortalecer esta característica (la estabilidad).

El/la primer/a ministro/a y el Parlamento tienen distintas fuentes de legitimidad. Mientras que el Parlamento ha sido electo a través del sufragio popular, será el propio Parlamento quien elegirá en forma indirecta al/la primer/a ministro/a; quien ha sido propuesto/a para ocupar el cargo por el/la jefe/a de Estado (rey/reina en una monarquía; presidente/a en una república). El Parlamento dispone de una facultad denominada "mecanismo de investidura" con relación al/la jefe/a de Gobierno, y puede ejercerse a través de dos modalidades:

a. Voto de confianza, a través del cual el Parlamento expresa su apoyo al/la jefe/a de Gobierno o primer/a ministro/a;
b. Aceptación tácita del/la jefe/a de Gobierno no vetándolo/a –este mecanismo se denomina implícito.

La contracara de esta responsabilidad parlamentaria consiste en que, así como el Parlamento tiene la facultad de investidura, también tiene la facultad de disolver el gobierno. ¿Cómo se ejerce esta facultad de disolver el gobierno? De dos formas:[23]

a. Votando en contra en una cuestión de confianza planteada por el/la primer/a ministro/a;
b. Aprobando un voto de censura o no confianza impulsada por los/as integrantes del Parlamento.

22. Juan Manuel Abal Medina, *Manual de Ciencia Política*, *op. cit*.
23. Hipólito Orlandi y Javier Zelaznik, "El Gobierno", *op. cit*.

A partir de estas herramientas de las cuales el Parlamento puede hacer uso, surge como consecuencia necesaria que –a diferencia de los gobiernos presidencialistas– en los gobiernos parlamentarios el/la primer/a ministro/a carece de plazo. Es decir, habrá de mantenerse en el cargo mientras conserve el apoyo del Parlamento. La contrapartida de esta situación es que frente a situaciones extremas el/la propio/a jefe/a de Gobierno podrá disponer la disolución del Parlamento, en tanto y en cuanto convoque inmediatamente a elecciones para la conformación de uno nuevo.

La estrecha relación existente entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo nos permite afirmar que en los gobiernos parlamentarios no hay separación de poderes ni independencia entre ellos. Por el contrario, existe cierta fusión de poder e interdependencia entre ellos. Pese a lo antedicho, históricamente los gobiernos parlamentarios han sido caracterizados como los más estables políticamente a lo largo y ancho del mundo y los que guardan más estrecha relación con la plena vigencia de la democracia. Los ejemplos clásicos de monarquías parlamentarias incluyen a Gran Bretaña, Canadá –que reconoce a la Reina de Inglaterra–, Holanda, y España. Los ejemplos de repúblicas parlamentarias incluyen a Alemania, India, Italia, Polonia y Sudáfrica.

## Presidencialismo

Esta forma de gobierno surge a partir del ejemplo exitoso de los Estados Unidos de Norteamérica y a partir de entonces fue adoptada en todo el continente americano. Suele criticarse que fuera de los Estados Unidos no tiene grandes chances de funcionar en términos de estabilidad política, aunque Chile y Costa Rica son dos ejemplos que contradicen esta afirmación, en tanto el primero fue estable –en términos de ausencias de interrupciones de facto en el ejercicio del poder– entre 1932 y 1973, mientras que Costa Rica ha gozado de un gobierno democrático y presidencial en forma ininterrumpida desde el año 1948.[24]

La legitimidad del gobierno presidencial surge a partir de la elección popular del gobierno mediante la votación directa de los/as ciudadanos/as.[25] Es decir, en este modelo de gobierno –a diferencia del parlamentarismo– los/as integrantes del Poder Legislativo y el/la presidente/a tienen exactamente la misma fuente de legitimidad:

24. Hipólito Orlandi y Javier Zelaznik, "El Gobierno", *op. cit*.
25. En algunos países, como el nuestro, hasta la reforma del año 1994, existen Colegios Electorales. A diferencia del Parlamento, el Colegio Electoral no es una institución estable sino que solo se reúne para el elegir al Presidente. A su vez, el Colegio Electoral ratifica la voluntad de las mayorías expresada a través del voto. Finalmente, el Presidente no es responsable ante al Colegio Electoral sino ante el electorado.

el pueblo, que los/as elige a través del sufragio popular. Además, el/la titular del Poder Ejecutivo no puede disolver el Poder Legislativo y en circunstancias normales el/la titular del Ejecutivo no puede ser obligado/a a dimitir por voto parlamentario de censura.[26]Otro rasgo distintivo del gobierno presidencialista es que el poder se ejerce durante un período fijo e inmodificable. Este período, al igual que todas las reglas relativas al funcionamiento de un gobierno democrático en la tradición del sistema continental europeo, están constitucionalmente establecidas y no pueden ser modificados a gusto y antojo de los/as gobernantes. La Constitución Nacional rige la vida democrática y no podemos desconocerla bajo ningún precepto. Sin embargo, los debates en torno a la posibilidad de reelección del/la presidente/a han sido de los más comunes. En el año 1947, el Congreso de los Estados Unidos incorporó la vigesimosegunda enmienda de la Constitución, que establece un límite de mandatos al/la presidente/a de los Estados Unidos.[27] En la República Argentina la "reelección indefinida" ha sido objeto de diversas discusiones, siendo el motivo que subyace a las reformas constitucionales de los años 1949 y 1994.

En un gobierno presidencialista, el cargo de presidente/a será el resultado de sumar las funciones de jefe/a de Estado y jefe/a de Gobierno. Se trata de un cargo unipersonal y la relación entre el/la presidente/a y los/as ministros/as es diferente al gobierno parlamentario, en tanto el/la presidente/a elige y remueve a los/as ministros/as según su voluntad. Además, el presidente/a tiene absoluta y total preeminencia entre los/as ministros/as y el cargo de estos/as últimos/as es totalmente incompatible con ser integrante del Poder Legislativo. Esta relación entre el/la presidente/a y sus ministros/as de gobierno conlleva además como consecuencia que en el presidencialismo exista una completa separación de poderes. A partir de esta afirmación se derivan ciertas consecuencias lógicas: el/la presidente/a no puede disolver el Congreso y tampoco puede el Congreso remover al/la presidente/a mediante un voto de censura.[28]

Con relación al sistema de frenos y contrapesos y la separación de funciones que existen en un gobierno presidencialista, nuestro país cuenta con un mecanismo a través del cual eventualmente el Poder Legislativo puede exigir responsabilidad al presidente de la Nación. Este mecanismo se llama "juicio político" y está consagrado constitucionalmente,[29] constituyendo una eficaz herramienta para

26. Juan Manuel Abal Medina, *Manual de Ciencia Política*, *op. cit*.
27. Los orígenes de esta enmienda constitucional guardan relación directa con la histórica presidencia de Franklin Delano Roosevelt. En el año 1940, Roosevelt se convirtió en el único presidente elegido para un tercer mandato. En 1944, durante la Segunda Guerra Mundial, ganó un cuarto mandato, pero sufrió una hemorragia cerebral y murió en el poder al año siguiente.
28. Hipólito Orlandi y Javier Zelaznik, "El Gobierno", *op. cit*.
29. Artículo 53, Constitución Nacional: "Sólo ella [la cámara de diputados] ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los

balancear el poder depositado en el Poder Ejecutivo. Por otra parte, el Poder Judicial cuenta con la herramienta denominada control de constitucionalidad, cuya función inmediata consiste en velar por la plena vigencia del Bloque de Constitucionalidad Federal y que en consecuencia también limita los poderes del Ejecutivo.

¿Por qué motivo el Poder Ejecutivo debe centralizar el poder decisorio y politizar la burocracia para hacer su voluntad y vencer el "triángulo de hierro"? Porque efectivamente dicho "triángulo de hierro" (compuesto por beneficiarios/as, políticos/as y burócratas que favorecen el *statu quo* de las naciones), se interpone con los intereses del Poder Ejecutivo y, en consecuencia, el/la presidente/a debe lidiar con quienes integran dicho triángulo. En el caso de la República Argentina la figura del/la presidente/a –y sus atribuciones– pretendieron ser moderadas a través de la creación de la institución del/la jefe/a de Gabinete, aunque lo cierto es que en la práctica no hubo cambios significativos y, mucho menos, redistribución del poder.[30] El/la jefe/a de Gabinete es un/a delegado/a del/la presidente/a

ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes".

Artículo 59, Constitución Nacional: "Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes".

Artículo 60, Constitución Nacional: "Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios".

30. Conforme nuestra Constitución Nacional, artículo 100: "El jefe de gabinete de ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia. Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde: 1. Ejercer la administración general del país. 2. Expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el presidente de la Nación, con el refrendo del ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera. 3. Efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente. 4. Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el presidente de la Nación y, en acuerdo de gabinete resolver sobre las materias que le indique el Poder Ejecutivo, o por su propia decisión, en aquellas que por su importancia estime necesario, en el ámbito de su competencia. 5. Coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del presidente. 6. Enviar al Congreso los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo. 7. Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional. 8. Refrendar los decretos reglamentarios de las leyes, los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias

que, además de las funciones constitucionalmente asignadas, está encargado/a de coordinar el gabinete de ministros/as. El principal objetivo de esta institución consiste en descentralizar y desconcentrar el poder.

Por otro lado, con relación a la figura del/la presidente/a, posee un poder positivo y otro negativo. El poder positivo consiste en la capacidad para dictar decretos de necesidad y urgencia. Un decreto de necesidad y urgencia solo puede ser emitido ante la presencia de circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes. Quedan expresamente exceptuadas de este trámite las cuestiones relativas a materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos.[31] El poder negativo consiste en aquello que usualmente conocemos como capacidad de veto del Poder Ejecutivo con relación a las leyes sancionadas por el Poder Legislativo.[32] Este poder de vetar las leyes sancionadas

---

del Congreso o la convocatoria de sesiones extraordinarias y los mensajes del presidente que promuevan la iniciativa legislativa. 9. Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar. 10. Una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso, presentar junto a los restantes ministros una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos. 11. Producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo. 12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente. 13. Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras.

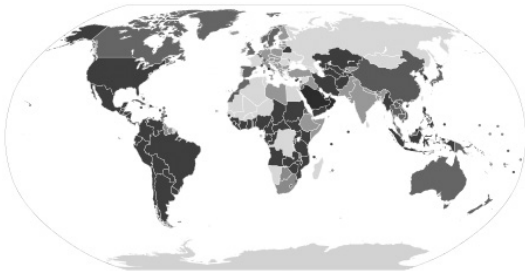
31. Artículo 99, Constitución Nacional: "El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país. 2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".

32. Artículo 80, Constitución Nacional: "Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas

–es decir, aquellas que aún no han sido promulgadas– puede ejercerse en forma parcial –sobre determinados artículos de la norma– o total –sobre el total de la norma–. El veto constituye un resabio del denominado "poder del príncipe" y se supone que en el marco de una democracia su utilización será excepcional.

A efectos de tomar cabal dimensión de las características y reales atribuciones del Poder Ejecutivo en un gobierno presidencialista, cabe señalar que el/la presidente/a tiene control sobre la agenda parlamentaria. En este orden de ideas, debemos considerar cuáles son los proyectos de ley que el propio Poder Ejecutivo envía al Congreso y cuáles son los decretos que dispone el Poder Ejecutivo. En este sentido, el éxito en el control de la agenda estará directamente vinculado con el ciclo político. Mientras que al comienzo del mandato –durante el primer año de gestión o en el contexto de reelección– el/la presidente/a vive una "luna de miel" donde todo aparece como posible, el trascurrir del tiempo hará que esta situación vaya modificándose. Por el contrario, al finalizar su mandato el/la presidente/a tiene una influencia decreciente –el Congreso pierde interés en ayudar y colaborar– mientras que su efectividad va en aumento, en tanto la experiencia del cargo le permite tomar mejores decisiones. Sin lugar a dudas, una de las tantas paradojas de la política.[33]

## Semipresidencialismo



El mapa que acompaña este apartado sirve para conocer la extensión e importancia del modo de gobierno semipresidencialista: todos los países señalados con

solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia".

33. Como destacamos al principio del apartado, ejemplo de gobiernos presidencialistas lo constituyen los Estados Unidos de Norteamérica, México, Argentina, Venezuela, Perú, Ecuador, Bolivia, Sudán, Ghana y Zimbabwe.

el tono más claro tienen como forma de gobierno el semipresidencialismo.[34] El ejemplo histórico que se estudia para aprehender esta forma de gobierno es la Quinta República Francesa, nombre con que se designa al régimen republicano imperante en Francia desde el 5 de octubre de 1958 a la actualidad.

En términos generales la república semipresidencial o semiparlamentaria –también denominada república bicéfala– es aquella en la cual el Poder Ejecutivo reside tanto en un/a presidente/a (elegido/a por sufragio directo), como en un/a primer/a ministro/a (elegido por el Poder Legislativo). Es decir, en un gobierno semipresidencialista la legitimidad es dual, en tanto por un lado proviene del pueblo (elección del presidente/a, en tanto jefe/a de Estado) y por el otro lado, proviene del Poder Legislativo (primer/a ministro/a que ejerce el rol de jefe/a de gobierno). En las repúblicas semipresidenciales ambas figuras (presidente/a y primer/a ministro/a) poseen igual autoridad dentro de las decisiones de gobierno, presentándose una bicefalía del Estado.[35] Esta convivencia entre las figuras del/la presidente/a y del/la primer/a ministro/a también se denomina "ejecutivo dual". Orlandi y Zelaznik (1995) consideran que siendo el/la presidente/a electo por sufragio popular y al poseer una legitimidad democrática equivalente a la del Parlamento, si bien no posee todo el poder de su igual en un sistema presidencialista y debe delegar la mayor parte de las acciones gubernamentales en el/la primer/a ministro/a y su gabinete, su rol de jefe/a de Estado deja de ser meramente ceremonial y simbólico para convertirse en un poder regulador.

La imagen que mejor remite a esta forma de gobierno es la de una víbora de dos cabezas, en tanto el/la presidente/a y el/la primer/a ministro/a se necesitan recíprocamente y conviven en el mismo cuerpo o institución aunque evitando superposiciones de funciones. Por regla general, el régimen semipresidencial concede al órgano legislativo la posibilidad de destituir a un/a ministro/a del gobierno o incluso la posibilidad de destituir al conjunto del gabinete de ministros/as (*moción de censura*) de manera similar al parlamentarismo. No obstante existen diferencias con respecto a los gobiernos parlamentarios en el ejercicio de estas facultades por parte del Parlamento. Por ejemplo, la limitación del tiempo durante el cual se puede invocar una moción de censura y el aumento de requisitos para poder presentarla. Un elemento clave de esta forma de gobierno será la división de funciones entre presidente/a y primer/a ministro/a, que debe ser sumamente clara para evitar cualquier tipo de conflicto ante una eventual superposición de funciones. Mientras que el/la presidente/a es el/la jefe/a de Estado, el/la primer/a ministro/a encabeza el gobierno.[36] El

34. https://es.wikipedia.org/wiki/Semipresidencialismo.
35. Hipólito Orlandi y Javier Zelaznik, "El Gobierno", *op. cit*.
36. Enrique Córdova Avelar, *Sartori Giovanni. Ingeniería constitucional comparada*. Fondo de Cultura Económica, 1994.

gobierno semipresidencial habilita variadas combinaciones. Por ejemplo, en la actualidad, Francia posee un sistema bicéfalo, cuyas cabezas son desiguales; pero esa desigualdad no siempre está de un solo lado sino que oscila entre uno y otro.[37] Córdova Avelar (1994), siguiendo a Giovanni Sartori, caracteriza los sistemas semipresidencialistas de la siguiente manera:

a. El/la jefe/a de Estado es elegido/a por el voto popular, ya sea directa o indirectamente, para un período predeterminado en el cargo.
b. El/la jefe/a de Estado comparte el Poder Ejecutivo con un/a primer/a ministro/a, con lo que se establece una estructura dual cuyos tres criterios definitorios son los siguientes:
    1. El/la presidente/a es independiente del Parlamento, aunque no se le permite gobernar solo o directamente y en consecuencia su voluntad debe ser canalizada y procesada por medio de su gobierno.
    2. Por otro lado, el/la primer/a ministro/a y su gabinete son independientes del/la presidente/a porque dependen del Parlamento; están sujetos al voto de confianza y/o al voto de censura y en ambos casos requieren necesariamente de una mayoría parlamentaria.
    3. La estructura de autoridad dual del semipresidencialismo permite diferentes balances de poder, así como predominios de poder variables dentro del Ejecutivo, bajo la rigurosa condición de que el potencial de autonomía de cada unidad componente del Ejecutivo subsista.

## Gobierno constitucional y gobierno autoritario

Esta clasificación está íntimamente relacionada con el surgimiento del movimiento constitucionalista, respecto al cual el gobierno constitucional es la expresión política –siendo el gobierno autoritario su antítesis–. El constitucionalismo supone tres pilares que lo sustentan y le dan contenido:[38]

1. La idea del *rule of law* –gobierno de las leyes–, es decir, de la supremacía de la ley. El constitucionalismo va acompañado de la juridización del poder político; la ley se convierte en el instrumento a partir del cual los mandatos tienen validez. En términos de Max Weber, estaríamos ante la dominación racional-legal.[39]

37. Enrique Córdova Avelar, *Sartori Giovanni*, *op. cit*.
38. Hipólito Orlandi y Javier Zelaznik, "El Gobierno", *op. cit*.
39. Hipólito Orlandi y Javier Zelaznik, "El Gobierno", *op. cit*.

2. La noción de división de poderes, que supone que junto al gobierno debe existir un cuerpo separado que lo controle y que al mismo tiempo tenga la función de generar las leyes (el Poder Legislativo). A medida que esta idea evolucione habrá de incorporarse la noción de frenos y contrapesos.
3. La aparición de una brecha entre la esfera de lo público y lo privado; y la idea de que existen ámbitos reservados a la privacidad de los/as ciudadanos/as en los que el gobierno no puede ni debe entrometerse. La libertad con respecto al gobierno es la condición de existencia de lo privado.

En términos de Orlandi y Zelaznik:

> Queda claro que las virtudes de un gobierno constitucional como opuesto al despótico se refieren no solo a la idea de limitar el poder, de anular la arbitrariedad de los gobernantes o cortar sus prerrogativas sino, como una dimensión diferenciada, a la de garantizar la autonomía de las esferas libres de la intervención del poder político, especialmente la económica, aunque también la cultural, la religiosa, etcétera.

Debemos tener presente que Constitución y Constitucionalismo no son sinónimos y que ambos conceptos pueden transitar por carriles separados. Existen países –como por ejemplo, Gran Bretaña e Israel– que son constitucionalistas y sin embargo carecen de una constitución escrita. En el otro extremo, numerosos países poseen constituciones escritas y, no obstante, poseen gobiernos autoritarios.[40] Otra aclaración necesaria es que constitucionalismo y democracia no necesariamente van de la mano. En realidad, lo que define a un gobierno como democrático es, por lo menos, la adopción del sufragio universal.

De lo antedicho se deduce que el gobierno autoritario[41] será aquel donde el/la gobernante se sitúe por encima de las leyes y no obedezca a ellas; donde exista

40. Este fue el caso de nuestro país entre 1976 y 1983, cuando el gobierno fue ejercido por sucesivas juntas militares.

41. Linz (2000) desarrolló una tipología de regímenes no democráticos en la que distingue entre los siguientes tipos: dictadura, regímenes totalitarios, regímenes tradicionales (democracias oligárquicas y sultanatos) y regímenes autoritarios. Las principales diferencias entre los regímenes totalitarios y los regímenes autoritarios residen en que mientras los primeros presentan una concentración de poder en una sola persona o un pequeño grupo, tienen una ideología elaborada y fomentan la movilización, los segundos se caracterizan por un pluralismo limitado que se extiende a grupos que no son creados ni dependen del estado, no tienen una ideología racionalmente elaborada y no promueven la movilización en tanto esta es percibida como una amenaza. Lo que tienen en común los totalitarismos y los autoritarismos es una alta concentración del poder y normas difíciles de predecir. Ver Juan Manuel Abal Medina, *Manual de Ciencia Política*, *op. cit*.

una concentración o fusión entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y/o Judicial –o donde el sistema de frenos y contrapesos no actúe como tal– y/o donde el Estado se inmiscuya en la vida privada de las personas y en consecuencia el límite entre la esfera de lo público y lo privado sea borrosa.

Gibson (2012) distingue entre un régimen democrático y uno autoritario no por sus instituciones formales sino por el efectivo ejercicio de derechos civiles por parte de la población en la jurisdicción gobernada por esas instituciones. La violación sistemática ya sea del derecho político a la disputa o del derecho a la participación política (ambos característicos de las poliarquías, en términos de Robert Dahl) bastan para clasificar un caso como autoritarismo. Los/as titulares de autoritarismos subnacionales difieren de sus contrapartes nacionales en un aspecto clave: encaran una amenaza competitiva dual, desde las oposiciones en el sistema político local y de potenciales adversarios en el sistema político nacional. Sin importar cuán efectivas sean sus estrategias de control local, los/as titulares subnacionales enfrentan amenazas competitivas desde la política nacional democrática como un hecho estructural de la vida política. Los procesos autoritarios y democráticos subnacionales son delineados exclusivamente por la dinámica multicapa de la política territorial.[42]

A modo de conclusión, vale señalar que este sucinto esquema presenta tipos ideales de gobierno que raramente suelen darse en forma tan purista en la sociedad. En general, el análisis de casos concretos arroja resultados sorprendentes y muchas veces los países toman instituciones propias de uno u otro modelo en forma indistinta. No obstante, esta clasificación nos facilitará una certera aproximación a los tipos de gobierno existentes en el mundo actual. Finalmente, decir que un sistema es mejor que otro constituye una decisión arriesgada que dependerá de causas estructurales y también coyunturales. Creemos que –partiendo de la necesidad de un gobierno democrático que respete la decisión de las mayorías y proteja a las minorías–, en definitiva, el mejor sistema de gobierno será el que cada sociedad adopte y que se adecue a la cultura de la Nación, siendo respetuoso de la integridad y de los derechos humanos de todos/as y cada uno/a de los/as habitantes de dicho país. Así, es importante destacar la dimensión política de los derechos humanos como elementos constitutivos claves de la sociedad democrática.[43]

42. Edward Gibson, *Boundary Control. Subnational Authoritarianism in Federal Democracies*. Cambridge University Press, 2012.
43. Sergio Ortiz Leroux, "La dimensión política de los derechos humanos". Disponible en la URL: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23646.pdf.

## Bibliografía

Abal Medina, Juan Manuel: *Manual de Ciencia Política*, 2ª edición, Buenos Aires, Eudeba, 2014.

Aristóteles: *Política*, Madrid, Alianza Editorial. Primera edición en "Biblioteca temática",1998; primera reimpresión, 2000.

Burgess, Michael y Gagnon, Alain-G.: *Federal Democracies. Routledge Studies in Federalism and Decentralization* (XIV, Preface), Centre for Federal Studies, University of Kent, 2010.

Córdova Avelar, Enrique: *Sartori Giovanni. Ingeniería constitucional comparada*. Fondo de Cultura Económica, 1994.

Di Gioia, Sergio Darío: *Aportes para una teoría del Estado: estado de derecho, derechos humanos y lucha contra la impunidad en un mundo globalizado: legitimidad y responsabilidad internacional del estado*. 1ª edición, Buenos Aires, ML (Eme Ele), 2008.

Gibson, Edward: *Boundary Control. Subnational Authoritarianism in Federal Democracies*. Cambridge University Press, 2012.

Lijphart, Arend: *Electoral Systems and Party Systems: A Study of Twenty-Seven Democracies. 1945-1990*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

Orlandi, Hipólito y Zelaznik, Javier: "El Gobierno", en Pinto, Julio (comp.), *Introducción a la ciencia política*, Buenos Aires, Eudeba, 1995.

Ortiz Leroux, Sergio: "La dimensión política de los derechos humanos". Disponible en la URL: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23646.pdf.

# Capítulo X
# Partidos políticos y sistemas electorales

*Tatiana Hirschhorn*

## Partidos Políticos

El término "partido" deriva, etimológicamente, de "parte" y desde que apareció por primera vez en el discurso político, al final de la Edad Media, hará referencia a un conjunto de elementos en competición o en discusión con otra serie de elementos en un conjunto unificado. Según Sartori (1976), el término partido "empezó a utilizarse, sustituyendo gradualmente al término derogatorio de 'facción', al irse aceptando la idea de que un partido no es forzosamente una facción, que no es forzosamente un mal y que no perturba forzosamente el *bonum commune* (el bien común)".[1]

Desde la perspectiva de Lipset y Rokkan (1990), cual fuera la estructura de la organización política, los partidos han servido como agentes esenciales de movilización y han ayudado a integrar comunidades locales en la nación o en una federación más amplia.[2] Los partidos políticos son difíciles de caracterizar, en tanto debemos encontrar una definición que sea lo suficientemente flexible como para adecuarse a las características que los partidos políticos adoptan en los distintos países y en diversos momentos políticos. Por lo tanto, deberemos optar por una definición laxa plausible de caracterizar muy diversas situaciones. En este sentido, entendemos como "partido político" a cualquier grupo político que se presenta a elecciones y es capaz de ubicar candidatos/as –que se reconocen como integrantes del mismo o identificados con sus ideas– en cargos públicos a través de elecciones.[3] Además, se incluye en la definición de partido político a aquellos grupos políticos que, si estuvieran dadas las condiciones, presentarían candidatos/as.[4] Mientras tanto, un sistema de partidos es un conjunto de interacciones en la

1. Giovanni Sartori, *Parties and Party System - A Framework for Analysis*. Cambridge University Press, 1976.
2. Seymour Lipset y Rokkan Stein, "Estructuras de división, sistemas de partidos y alienamientos electorales", en *Diez textos básicos de Ciencia Política*, Barcelona, Ariel, 1990.
3. Giovanni Sartori, *Parties and Party System - A Framework for Analysis*, *op. cit*.
4. Esta circunstancia tiene lugar cuando durante una dictadura no hay elecciones para ele-

competencia entre partidos. Este sistema de partidos, para ser considerado como tal, necesita como mínimo de dos partidos políticos.

Sartori (1976) menciona tres premisas a considerar a la hora de definir a los partidos políticos:

a. Los partidos no son facciones.
b. Un partido es parte de un todo.
c. Los partidos son conductos de expresión.

Con respecto a la primera premisa, mientras que los partidos son necesarios, las facciones no son necesarias; simplemente, existen. Además, los partidos son instrumentos para lograr beneficios colectivos, para lograr un fin que no es simplemente el beneficio privado de los/as combatientes. Los partidos vinculan el pueblo a un gobierno, cosa que no hacen las facciones. Los partidos son órganos funcionales, en tanto sirven para unos fines y desempeñan unas funciones, cosa que no son las facciones. La referencia al partido como parte de un todo nos hace pensar en la posibilidad de gobernar teniendo en miras el interés general. Finalmente, la tercera premisa conlleva pensar los partidos como pertenecientes a los medios de representación; los partidos políticos son un instrumento, o una agencia, para representar al pueblo al expresar sus exigencias.[5]

Con respecto a su integración, los partidos políticos tienen simpatizantes; afiliados/as y dirigentes. Los/as simpatizantes son los/as votantes fieles del partido; los/as afiliados/as son aquellos/as que aportan recursos –tanto dinero como tiempo– al partido y tienen un compromiso formal con la organización partidaria; y los/as dirigentes ocupan cargos y toman decisiones dentro de la estructura partidaria.

## Tipos de partidos políticos

La clasificación más extendida relativa a los partidos políticos es aquella que distingue entre partidos de representación individual y partidos de representación de masas, siendo el criterio clave de la categorización el histórico-organizativo, ya que los dos tipos de partido son característicos de épocas consecutivas,

---

gir gobernantes –el caso de la Argentina entre 1976 y 1983– o cuando un partido político está proscripto –el caso del Peronismo proscripto desde el 9 de marzo de 1956, durante la dictadura de Aramburu, a través del Decreto-Ley N°4161–. Las instituciones denominadas partidos políticos continúan siendo tales –en estas circunstancias– pese a no poder presentar candidatos en elecciones democráticas.

5. Giovanni Sartori, *Parties and Party System - A Framework for Analysis*, *op. cit*.

separadas por el proceso político que condujo finalmente a la adopción del sufragio universal.[6]

*Partido de notables*. Este tipo de partido surge en forma concomitante con la expansión del derecho al voto de los varones pertenecientes a la burguesía de los países europeos, aunque en forma previa al sufragio universal. El primer hecho significativo que amplió la participación política y otorgó el derecho a votar a los comerciantes e industriales que hasta ese momento estaban excluidos fue la *Reform Act* del año 1832 en Inglaterra. Al mismo tiempo, al interior del Parlamento, surgieron estos primeros partidos cuyos miembros eran personas notables; es decir, las personas más reconocidas e influyentes de la sociedad en ese momento. El vínculo entre los miembros del partido y la institución era solo fugaz, acotado al proceso electivo. El partido así denominado carecía de una organización y/o estructura permanentes. Estas asociaciones estaban caracterizadas por la total dependencia de los caballeros o las familias que las habían patrocinado y las disputas personales entre sus miembros conllevaban la ruptura del partido y el enfrentamento consiguiente de las nuevas partes en conficto, constitutidas por los jefes y su séquito incondicional. Al interior del reciento legislativo, los representantes parlamentarios tenían absoluta libertad para decidir su posición, conforme al leal "saber y entender" que las doctrinas de la época asignaban a los hombres probos. La forma de expansión de estos primeros partidos políticos era la cooptación. Finalmente, un dato que no podemos soslayar es que los asambleístas no representaban a sus electores más que a título formal, expresando sus intereses de grupo en nombre del bien común de la nación.[7]

*Partido de masas*. Con los cambios políticos económicos y sociales propios de fines del siglo XIX, los/as trabajadores/as vieron el voto como herramienta y oportunidad para el cambio social. Estos/as trabajadores/as se organizaron en torno al "partido burocrático de masas". A partir de aquel momento, el partido de masas fue un actor dominante en el proceso político de la mayoría de los sistemas democráticos de la segunda posguerra. El partido de masas está asociado al Estado de Bienestar y al surgimiento de un electorado independiente sin disciplina partidaria. Entre las características definitorias de este tipo de partido tenemos que sus seguidores/as son campesinos/as y las masas obreras; que tiene una estructura estable y militante; que tiene una ideología y cuenta con programas políticos; que son vistos como actores sociales y que alrededor de las acciones propias del partido añaden tareas extras –como ser la alfabetización y la enseñanza

6. Andrés Malamud, "Los partidos políticos", en Julio Pinto (comp.), *Introducción a la Ciencia Política*, Buenos Aires, Eudeba, 1995.
7. Andrés Malamud, "Los partidos políticos", *op. cit*.

de oficios–; y que trabajan en pos de la implementación de programas de salud para los/as trabajadores/as y sus familias. Finalmente, debemos tener presente que son partidos de alcance nacional e incluso internacional.

En términos de Malamud (1994), los/as dueños/as formales del partido son los/as electores/as, y el partido solo les solicita su adhesión a la hora del voto y trata de reducir los demás costos de la participación.

*Partido electoral*, también denominado *catch all* o atrapatodo. Este tipo de partido está estructurado sobre la base de los anteriores y responde a la evolución histórica de la institución. Como características definitorias podemos señalar:[8]

- No está identificado claramente con ningún sector social.
- Los/as profesionales tienen un papel central.
- Tiene como objetivo captar la atención y el voto de la mayor cantidad posible de grupos y personas.
- El discurso tiene poca definición ideológica y un alto grado de vaguedad, siendo sumamente flexible y adaptándose a distintos públicos y circunstancias.
- Hace hincapié sobre los problemas concretos y sobre el liderazgo.
- Utiliza a los medios de comunicación como herramienta de difusión.
- Posee un electorado volátil –lo contrario a un público fiel.
- La representación está asociada a la popularidad de los/as candidatos/as, a quienes se tilda de arribistas y representantes de los grupos de interés dentro de la organización.

## Sistema de partidos

Durante mucho tiempo los sistemas de partidos fueron clasificados a partir del número de partidos, sean de uno, de dos o de más de dos (variable cuantitativa).[9] Sin embargo, Sartori (1976) propone incorporar una variable de control, la ideología (variable cualitativa), que evalúa la medida en que un actor del sistema se ciñe a la dinámica de la competencia o pretende, por el contrario, reducirla o eliminarla. En términos de Malamud (1994):

> Lo fundamental de la innovación teórica introducida por Sartori es que combina dos variables relativamente ponderables para lograr una matriz de análisis compleja, con la que explica las causas de la estabilidad o inestabilidad

8. Giovanni Sartori, *Parties and Party System. A Framework for Analysis*, *op. cit*.
9. Giovanni Sartori, *Parties and Party System. A Framework for Analysis*, *op. cit*.

> de los sistemas partidarios y permite predecir rupturas –y prescribir soluciones de ingeniería institucional– para los regímenes democráticos.[10]

El aporte de Sartori consiste en permitir conocer el grado de fragmentación del sistema de partidos, es decir, si hay segmentación o polarización, esto es: distancia ideológica entre los partidos. Si los grupos políticos están fragmentados pero no polarizados, estos pertenecen al tipo de "pluralismo (ideológicamente) moderado" *y si están fragmentados y polarizados pertenecen al tipo de* "pluralismo (ideológicamente) polarizado". A continuación expondremos sintéticamente la categorización de Sartori (1976), dejando constancia que tanto el sistema de partido único como el sistema de partido hegemónico corresponden a sistemas de partidos no competitivos.

*Sistema de partido único:* existe un solo partido político porque los demás partidos están prohibidos.

*Sistema de partido hegemónico:* existen varios partidos pero solo uno tiene el control de la competencia electoral. Los otros partidos son denominados satélite, ya que orbitan alrededor del partido hegemónico. El ejemplo emblemático es el PRI –Partido Revolucionario Institucional– de México, que surgió de la Revolución Mexicana y gobernó ininterrumpidamente por setenta años, salvo el período 2000-2012, en que gobernó el Partido Acción Nacional.

*Sistema de partido predominante*: existe una competencia real pero un partido gana de manera recurrente sin apelar a prácticas ilegales o antidemocráticas.

*Sistema bipartidista:* dos partidos políticos suelen alternarse en el ejercicio del poder. Mientras uno gobierna el otro es oposición. Sin embargo, estos roles varían y se alternan en el tiempo. Entre los ejemplos más sobresalientes podemos nombrar al Partido Republicano y Demócrata en los Estados Unidos de Norteamérica. La existencia de terceros partidos políticos no resulta relevante, en tanto no alteren la situación donde tan solo dos partidos que tienen participación en el poder estatal.

*Sistema de pluralismo limitado:* los partidos relevantes y con posibilidades de acceder al ejercicio del poder son tres o más, aunque menos de cinco, siendo casos paradigmáticos de sistemas pluripartidistas Francia y Alemania.

*Sistema de pluralismo polarizado:* son los sistemas multipartidistas donde hay más de cinco partidos políticos. Sartori (1976) considera que el umbral debe expresarse de forma flexible, considerando que las interacciones entre más de cinco partidos tienden a producir una mecánica diferente que las interacciones entre cinco partidos o menos. La frontera no está en cinco (ni en seis) sino *en torno* a cinco (o seis).[11]

10. Andrés Malamud, "Los partidos políticos", *op. cit*.
11. Giovanni Sartori, *Parties and Party System - A Framework for Analysis*, *op. cit*.

Es importante tener en cuenta que los partidos políticos, sean los que sean, moldean el funcionamiento del sistema democrático. Los partidos son los agentes centrales de la representación política y son virtualmente los únicos actores con acceso a posiciones electas en políticas democráticas. Estas ventajas persisten incluso teniendo en cuenta que en la actualidad los partidos políticos han cedido muchas de sus funciones tradicionales a otros actores políticos. En una democracia de masas la pertenencia a un partido político facilita el conocimiento de los/as candidatos/as; la etiqueta partidaria condensa toda una serie de significados. Además, los partidos políticos alientan la organización de grupos y moldean el escenario político. Los partidos moldean el ambiente que los rodea. En aquellos países donde el sistema de partidos está más institucionalizado, los partidos políticos son la llave de acceso que estructura el proceso político; en donde el sistema está menos institucionalizado y los partidos no son tan dominantes, no estructuran el proceso político y la política tiende a estar menos institucionalizada y por lo tanto es más impredecible. La política democrática es más errática, establecer legitimidad es más difícil y gobernar es más complejo. Las poderosas elites económicas tienden a tener acceso privilegiado a los "hacedores de políticas". En ausencia de un bien desarrollado sistema de frenos y contrapesos institucionalizado prevalecen las prácticas patrimoniales y las legislaturas tienden a desarrollarse débilmente. En términos de Mainwaring y Scully (1995) no se trata de que altos niveles de institucionalización son necesarios y/o deseables, sino que el verdadero punto de la cuestión es que un bajo nivel de institucionalización trae aparejados ciertos problemas.[12]

Teniendo en cuenta las características que un sistema debe poseer para ser considerado institucionalizado, los resultados que el mismo produzca son difíciles de predecir. Mientras que algunos sistemas institucionalizados promueven la moderación y el compromiso, otros alientan el extremismo y la política de suma cero. Mientras que algunos de estos sistemas promueven la construcción de coaliciones, otros las inhiben. Algunos son más propicios que otros para construir democracias.[13]

Entre las ventajas del sistema de partidos institucionalizado[14] podríamos señalar:

12. Scott Mainwaring and Timothy R. Scully, "Introduction: Party Systems in Latin America", en Scott Mainwaring and Timothy R. Scully (eds.), *Building Democratic Institutions: Party Systems in Latin America*. Stanford, CA, Stanford University Press, 1995.
13. Scott Mainwaring and Timothy R. Scully, "Introduction: Party Systems in Latin America", *op. cit*.
14. Scott Mainwaring and Timothy R. Scully, "Introduction: Party Systems in Latin America", *op. cit*.

- Desalientan la aparición de líderes populistas (los cuales son propios/as de los sistemas no institucionalizados).
- Los partidos controlan la selección de candidatas/os para ocupar la "cabeza" del gobierno.
- Las/os profesionales del partido tendrán un fuerte interés en mantener la competencia electoral y en elegir candidatas/os que luego competirán en las elecciones. Estas/os candidatas/os usualmente mantienen fuertes lazos con el partido y están más comprometidas/os con las instituciones democráticas.
- Los partidos institucionalizados están generalmente orientados a ganar elecciones y llegar al poder a través de medios pacíficos.
- El sistema de partidos institucionalizados ayuda a los grupos a expresar sus intereses mientras que permitan a las/os gobernantes gobernar.
- Los partidos se tornan los agentes más importantes de expresión y se convierten en actores dominantes a la hora de moldear y manejar los conflictos.
- Desarrollan vínculos en la sociedad como individuos y actores organizados desarrollan lazos con el partido. Esto hace que a los partidos "repentinos" o esporádicos les sea más dificultoso ganar adherentes –teniendo en cuenta que en general existe otra índole de trabas para el surgimiento de nuevos partidos.
- El sistema de partidos hace posible la democracia ayudando a dotarla de legitimidad.
- La legitimidad de la democracia descansa en afirmaciones que no podrían ser establecidas sin partidos y elecciones: que la democracia es en cierto sentido el gobierno del pueblo; que hay mecanismos para la *accountability* –rendición de cuentas– y que las reglas impopulares pueden ser removidas pacíficamente.
- Los partidos pueden darle al pueblo un canal para la participación política estableciendo un vínculo entre la ciudadanía y las/os gobernantes.
- En democracias con sistemas de partidos institucionalizados, los partidos moldean las preferencias más que en el caso de los sistemas imperfectos. Los sistemas institucionalizados dan a la ciudadanía una forma de entender quién es quién en política sin necesidad de inmiscuirse y comprometerse.
- Cuánto más institucionalizado es un sistema más fácil será la *accountability*; resulta más fácil evaluar a un conjunto de partidos políticos que a una serie infinita de individuos.
- Un sistema de partidos institucionalizado facilita el gobierno y la gobernabilidad.
- La gobernabilidad es más sencilla porque los vínculos entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y las/os líderes partidarios son generalmente más fuertes y sólidos en estos casos.

- Generalmente un sistema institucionalizado reduce la incidencia de la corrupción y al hacerlo contribuye a la eficiencia del gobierno.
- Un sistema de partidos institucionalizado favorece la emergencia de una democracia estable.

Lo expuesto hasta aquí contribuye a afirmar que los partidos políticos son buenos para la representación política. No obstante, existen matices y la respuesta habrá de variar teniendo en cuenta la calidad y la cantidad de los partidos políticos de los cuales estemos hablando. Con "calidad" nos referimos por un lado a qué tan representativas del electorado –aquel grupo que elige a las/os candidatas/os– son estas instituciones y, por otro lado, qué tan democráticas son en su interior. En la República Argentina, más allá de si fueran mejores o peores, lo cierto es que los partidos políticos son herramientas constitucionales ineludibles en el proceso político. Tanto es así que la reforma constitucional del año 1994 cristalizó y consolidó su existencia a través del articulado de nuestra Constitución Nacional.[15]

## Sistemas electorales

El sistema electoral es el conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos técnicos enlazados entre ellos y legalmente establecidos, por medio de los cuales las/os electoras/es expresan su voluntad política en votos "no modificados" que a su vez se convierten en escaños o poder público. La forma en que los votos se expresan en la efectiva representación, o sea, cómo se traducen los resultados electorales en bancas legislativas, se llama sistema electoral. Es decir, los sistemas electorales son mecanismos para traducir votos en cargos.[16] Existen distintos sistemas vigentes en cada país. En nuestro país, y a nivel de cargos federales, la Constitución Nacional y el Código Electoral Nacional establecen los sistemas electorales coexistentes para

15. Artículo 37, Constitución Nacional: "Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral".
Artículo 38, Constitución Nacional: "Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas. El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio".
16. N. Guillermo Molinelli, "Los sistemas electorales", en Julio Pinto (comp.), *Introducción a la Ciencia Política*. Buenos Aires, Eudeba, 1995.

las distintas magistraturas electivas, presidente/a, diputadas/os y senadoras/os. El cuerpo electoral (quiénes podemos votar) es el mismo para todos los cargos. La principal diferencia entre cargos legislativos y la fórmula presidencial radica en que la totalidad de los/as electores/as del país votan por la fórmula en un único distrito, mientras que para los cargos legislativos se votan listas distintas para cada distrito.[17]

Al/la titular del Poder Ejecutivo Nacional, el/la presidente/a, se lo/a elige a simple pluralidad de votos cuando la fórmula más votada obtiene más del 45% de los votos o más del 40% con una diferencia mayor al 10% respecto de la fórmula que le sigue en número de votos. Si no hubiera más del 45% a favor de una única fórmula; o una fórmula obtuviera más del 40% (pero sin llegar al 45%) y la diferencia con la siguiente fórmula fuera menor a 10%, entonces habrá una segunda vuelta, o lo que generalmente denominamos balotaje. En esta segunda instancia gana la fórmula que obtiene más votos.[18]

En el Senado de la Nación las cosas son diferentes. Este espacio asegura el régimen federal de gobierno (artículo 1° de la Constitución Nacional) garantizando que todas las provincias tengan igual representación en la Cámara de Senadores/as. Para el Senado de la Nación los/as electores/as de cada distrito eligen a tres senadores/as, alcanzando un total de 72 senadores/as nacionales. El sistema que se aplica es mayoritario, directo y por lista incompleta. Las listas se componen de dos candidatos/as. Para cubrir los cargos en disputa, es decir, las tres bancas, se adjudican dos bancas al partido o alianza que obtenga la mayoría de los votos y la restante a la que le sigue en cantidad de votos obtenidos. En esta elección no hay fórmulas matemáticas que aplicar ni porcentajes de distribución. La simple pluralidad de votos determina quién sale primero y segundo, y entre ellos/as se distribuye la representación. En definitiva, habrá dos (2) senadores/as para la mayoría y un (1) senador/a para la primera minoría.

17. Es decir, tanto en Salta como en Formosa habremos de tener las mismas boletas con candidatos/as a presidente/a y vicepresidente/a de la Nación. En cambio, las boletas relativas a diputados/as y/o senadores/as serán distintas en cada provincia.

18. Artículo 94, Constitución Nacional: "El presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único. Artículo 95: La elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio. Artículo 96: La segunda vuelta electoral, si correspondiere, se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los treinta días de celebrada la anterior. Artículo 97: Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación. Artículo 98: Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación".

En cambio, para la elección de los diputados/as nacionales, debemos tener en cuenta que la renovación de la cámara se realiza por mitades y, que a diferencia de los senadores/as, que renuevan completamente la representación de cada provincia cada seis años, la elección de diputados/as se realiza en todo el territorio nacional. Cada elector/a vota únicamente por una lista de candidatos/as oficializada por un partido o alianza, cuyo número de integrantes será igual al de los cargos a renovar, más los/as suplentes.

En el caso de la elección para de diputados/as, el sistema electoral es proporcional y aplica la fórmula D'Hont para la asignación de las bancas, con un umbral (también denominado piso electoral) del 3% del número de electores/as registrados/as en el distrito. Esto quiere decir que, en primer lugar, se toman los votos de cada partido que haya superado el umbral del 3% del padrón y se los divide desde la unidad hasta el total de cargos a elegir; luego, se ordenan los resultados de mayor a menor, sin importar la lista a la que pertenecen, hasta llegar a la correspondiente a la última vacante; y finalmente, se toma esta última cifra (repartidora) y se la divide por los votos logrados por cada agrupación, arrojando los cargos que a cada partido político corresponderán.[19] Esta fórmula permite que en la Cámara de Diputados/as de la Nación cada provincia que conforma la República Argentina esté representada en función de la cantidad de habitantes que tiene, asegurando así que el sistema representativo de gobierno –consagrado en el artículo 1° de nuestra Constitución Nacional– esté plenamente vigente. No obstante, debemos tener presente que la ley que establece la cantidad de diputados/as que corresponden por provincia no ha sido actualizada en los últimos años. En consecuencia, existe un desfasaje entre el número de habitantes de cada provincia y la cantidad de diputados/as que cada una tiene.

Dalton y Wattenberg (2000)[20] señalan que existe evidencia respecto al declive del rol de los partidos políticos en la modelación de la política en democracias industriales avanzadas. Los autores señalan que existen cambios en términos

19. Método D'Hont: cada provincia, según el número de habitantes, tiene asignado un número de diputados/as. Por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires, hay un/a diputado/a cada 198.000 habitantes. Actualmente a la Provincia le corresponden 70 diputados/as. Para asignar esos 70 escaños hay que tomar en cuenta cuántos votos obtiene cada partido que se presenta a elecciones (en tanto y en cuanto hubiera obtenido más del 3% de los votos válidos emitidos; los partidos que obtienen menos de ese porcentaje del total quedan automáticamente excluidos de la asignación de escaños). Teniendo en cuenta los votos que hubiera obtenido cada partido habrá de dividirse ese número por la cantidad de escaños a asignar (es decir, irá del 1 al 70). Luego se toman los 70 resultados más altos en general y a ellos se asignan los cargos de diputados/as.

20. Russell Dalton y Martin Wattenberg, "Unthinkable democracy. Political change in advanced industrial democracies", en Russell Dalton y Martin Wattenberg (eds.), *Parties without partisans: political change in advanced industrial democracies*. Nueva York, Oxford University Press, 2000.

organizativos. La proliferación de grupos de intereses de ciudadanos/as y otros intermediarios políticos han provisto de alternativas al rol representativo tradicional de los partidos políticos. La expansión de los medios de comunicación también los ha desplazado de este sitio de proveedores de información que históricamente tuvieron. También existe una disminución considerable del número de afiliados/as a partidos e incluso sucede que los/as líderes partidarios/as han perdido cierto control sobre el proceso de toma de decisiones, como por ejemplo en lo relativo a la elección de candidatos/as y/o la creación de los programas dentro del partido. Finalmente, a nivel político existe evidencia contradictoria respecto a la habilidad de los partidos políticos para estructurar el proceso de toma de decisiones. Los partidos aún juegan un rol dominante en la organización del gobierno y en la estructuración de las actividades políticas dentro del Parlamento pero también existen signos de que afecta el proceso de conformación de coaliciones y *accountability* democrática. El análisis funcionalista que realizan Dalton y Wattenberg (2000) toma la sistematización tripartita de funciones esbozada por V. O. Key (1964): partidos en el electorado; partidos como organizaciones y partidos en el gobierno.

*Partido en el electorado*
- Simplifica las elecciones para los/as votantes.
- Educa a los/as ciudadanos/as.
- Genera símbolos de identificación y lealtad.
- Moviliza a las personas a participar.

*Partido como organización*
- Recluta líderes políticos y busca miembros para el gobierno.
- Entrena las elites políticas.
- Articula intereses políticos.
- Agrega intereses políticos.

*Partido en el gobierno*
- Crea mayorías en el gobierno.
- Organiza el gobierno.
- Implementa objetivos políticos.
- Organiza el disenso y la oposición.
- Garantiza la responsabilidad por las acciones gubernamentales.
- Controla la administración del gobierno.
- Resguarda la estabilidad en el gobierno.

Bowler (2000) contribuye a la perspectiva del partido en el gobierno analizando la importancia de los partidos a nivel sistémico al contribuir en la conformación

y el mantenimiento del gobierno. El autor sostiene que sería imposible pensar en parlamentos carentes de partidos políticos.[21] En particular habrá de plantear dos teorías que explican el partido desde el punto de vista del individuo: por un lado, el rol de las elecciones y la lucha electoral como adhesivo que mantiene a los/as legisladores/as juntos/as; por otro lado, una segunda explicación hace referencia a la acción colectiva dentro de la cámara. Pese a estas dos teorías no existe explicación, en términos del autor, para saber por qué un/a legislador/a permanece fiel al partido. En definitiva, el hecho de pertenecer a un bloque permite acceder a la toma de decisiones. En este sentido el partido resuelve los potenciales problemas relativos a la acción colectiva dentro de las legislaturas al proveer una estructura institucional para establecer políticas y garantizar el cumplimiento de los/as legisladores/as vistos/as en forma individual. Las hipótesis que sostienen el trabajo de Bowler (2000) son las siguientes:

> En primer lugar, los partidos tienen ventajas procedimentales por sobre los legisladores considerados individualmente en lo referente al acceso a la toma de decisiones políticas dentro de la legislatura. En segundo lugar, deberíamos ver algún comportamiento partidario cohesivo dentro de la cámara legislativa incluso cuando la conexión electoral sea extremadamente débil.[22]

A modo de conclusión, podemos coincidir en que los partidos políticos constituyen una especie de entelequia difícil de definir. Históricamente, el partido político apareció como un grupo que divide para satisfacer sus propios intereses. El partido como elemento peligroso que atenta contra la estabilidad política constituye una concepción más cercana en el tiempo, inspirada en los temores relacionados con las distintas concepciones sobre los partidos. Los partidos políticos se convierten en actores fundamentales para el funcionamiento del sistema democrático en el siglo XX. El partido de masas será el actor dominante en el proceso político de la mayoría de los sistemas democráticos de la segunda posguerra.[23] En términos generales los partidos políticos se constituyeron como un actor central del proceso de toma de decisiones. A fines del siglo XX los partidos políticos fueron el foco de diversas críticas. Mientras que para algunos los partidos dejan de ser instrumentos de integración –Otto Kirchheimer (1966)–, para otros no serán capaces de absorber

21. Shaun Bowler, "Parties in legislatures: two competing explanations", en Russell Dalton y Martin Wattenberg (eds.), *Parties without partisans: political change in advanced industrial democracies.* Nueva York, Oxford University Press, 2000.
22. Shaun Bowler, "Parties in legislatures: two competing explanations", en Russell Dalton y Martin Wattenberg (eds.), *Parties without partisans: political change in advanced industrial democracies.* Nueva York, Oxford University Press, 2000.
23. Como excepción podemos mencionar el caso de los Estados Unidos, donde el partido de masas europeo no se desarrolló.

nuevas demandas –Inglehart (1971)– y algunos auguran la sustitución de los partidos políticos por movimientos sociales y otras formas de organización –Lawson y Morkel (1988)–. Pese a estas críticas, continúa habiendo un amplio consenso acerca del rol fundamental que cumplen los partidos políticos para el funcionamiento de los regímenes democráticos. La continua importancia de los partidos se refleja en la creciente tendencia hacia su reconocimiento constitucional y/o regulación legal en tanto agente de gobierno más que de representación.

La crisis que atraviesan los partidos políticos está directamente vinculada con los cambios que atraviesan las sociedades en el presente siglo, en que distintas problemáticas afectan a Europa y América. Las lógicas propias de cada sociedad devienen compleja la sistematización de información relativa a los partidos políticos, y los estudios no profundizan en la conformación de patrones de conducta comunes a los distintos partidos políticos. No obstante, por mucho que reneguemos de ellos, partidos políticos y democracia conforman una unidad inescindible. Si bien existe consenso respecto de que los partidos políticos están en constante cambio no está claro si ello implica adaptación de los partidos políticos a los nuevos tiempos o por el contrario si estamos ante su inminente final.

## Bibliografía

Bowler, Shaun: "Parties in legislatures: two competing explanations", en Russell Dalton y Martin Wattenberg (eds.), *Parties without partisans: political change in advanced industrial democracies.* Nueva York, Oxford University Press, 2000.

Clerici, Paula: "Metamorfosis de los partidos". En URL: http://ar.bastiondigital.com/notas/metamorfosis-de-los-partidos.

Daalder, Hans: "¿Partidos negados, obviados o redundantes? Una crítica", en J. Montero, J., Gunther, R. y Linz, J. (eds.), *Partidos Políticos. Viejos conceptos y nuevos retos*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Dalton, Russell y Wattenberg, Martin: "Unthinkable democracy. Political change in advanced industrial democracies", en R. Dalton y M. Wattenberg (eds.), *Parties without partisans: political change in advanced industrial democracies*. Nueva York, Oxford University Press, 2000.

Leiras, Marcelo: *Todos los caballos del rey: la integración de los partidos políticos y el gobierno democrático de la Argentina, 1995-2003*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.

Lipset, Seymour y Stein, Rokkan: "Estructuras de división, sistemas de partidos y alienamientos electorales", en *Diez textos básicos de Ciencia Política*, Barcelona, Ariel, 1990.

Mainwaring, Scott and Scully, Timothy R.: "Introduction: Party Systems in Latin America", en Scott Mainwaring and Timothy R. Scully (eds.), *Building Democratic Institutions: Party Systems in Latin America*. Stanford, CA, Stanford University Press, 1995.

Molinelli, N. Guillermo: "Los sistemas electorales", en Julio Pinto (comp.), *Introducción a la Ciencia Política*. Buenos Aires, Eudeba, 1995.

Malamud, Andrés: "Los partidos políticos", en Julio Pinto (comp.), *Introducción a la Ciencia Política*, Buenos Aires, Eudeba, 1995.

Panebianco, Angelo: *Modelos de partido*. Madrid, Alianza Universidad, 1990.

Sabato, Hilda: "Elecciones y prácticas electorales en Buenos Aires, 1860-1880. ¿Sufragio universal sin ciudadanía política?", en Annino, A. (coord.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica*. Buenos Aires, Siglo XXI, Fondo de Cultura Económica, 1995.

Sartori, Giovanni: *Parties and Party System - A Framework for Analysis*. Cambridge University Press, 1976.

# Capítulo XI
# Democracia participativa

*María José Lubertino*

## 1. Democracia participativa

Durante los últimos treinta años la *democracia participativa* ha experimentado un crecimiento importante.

Más de la mitad del total de los 1500 referendos nacionales que se han realizado en la historia coinciden en este período. Son muy pocos los países que quedan en la actualidad que no disponen de mecanismos de participación de democracia directa en el ámbito nacional o regional –dice Bruno Kaufman– […] nueve de cada diez países o territorios en el mundo tienen hoy en día uno o más instrumentos modernos de democracia directa, entre ellos el derecho de iniciativa que les permite proponer nuevas leyes o plantear reformas constitucionales, someter a referendo leyes vigentes o nuevas constituciones, así como el derecho de revocarle el cargo antes del término de su mandato a un representante elegido. La tendencia global es clara: los instrumentos de la democracia directa se han convertido en parte esencial de la democracia representativa moderna.

Hay diversas definiciones y concepciones de "democracia directa" (así la llaman en general muchos/politólogos/as, aunque los/as juristas en general se refieren a formas semidirectas de democracia), desde las "minimalistas" que consideran tal exclusivamente al referendo, o sea, la consulta popular promovida por los/as ciudadanos/as con el objetivo de aprobar o vetar una ley; otras incluyen a todos los mecanismos de participación ciudadana que implican el voto (con la excepción de las elecciones) es decir, consultas populares en sus diversas formas (referendo, plebiscito y revocatoria de mandato). Y otras, más abarcativas, incluyen a la iniciativa legislativa (el derecho de los/as ciudadanos/as a proponer leyes al Congreso) y las "maximalistas" entienden que democracia directa también comprende la participación ciudadana en las decisiones sobre el uso de los recursos fiscales (presupuesto participativo, planeamiento participativo) y en el control de la política (como Defensoría del Pueblo, Observatorios y Auditorías Ciudadanas).

En el mundo, Europa es pionera en el uso de herramientas de participación ciudadana. Más allá del caso histórico de Suiza de participación ciudadana en

forma de democracia directa, casi todas las nuevas constituciones de sus países fueron aceptadas mediante referéndum (y la mayoría de ellas cuenta con estos mecanismos) e incluso la dinámica de incorporación de esas naciones a la Unión Europea se basa en consultas populares.

También en Estados Unidos su utilización está muy extendida. El 70 por ciento de los estadounidenses vive en un estado o ciudad donde existe la iniciativa popular. Sin embargo, aunque está bien implementada en el nivel local, no ha sido adoptada en el nivel nacional en casos que afecten a la administración central de los Estados Unidos.

En tanto, en América latina, desde 1978 muchos países fueron incorporando estas herramientas de participación. En la mayoría de los casos, las nuevas formas de participación fueron incorporadas en reformas constitucionales durante los años 80 y 90.

Casos resonantes donde se los usó fueron el plebiscito por el agua en Uruguay en el 2004 (donde se votó una reforma constitucional que puso en manos del Estado en forma exclusiva la distribución de agua potable y saneamiento, en un contexto de ola regional privatizadora), el referéndum revocatorio de mandato del presidente venezolano Hugo Chávez, donde fue confirmado para la continuidad en el cargo (2004) y la consulta popular sobre el gas en Bolivia, también en 2004. En Bolivia, Ecuador y Venezuela se votaron importantes temas constitucionales; en Uruguay la ciudadanía está recogiendo firmas para varias iniciativas ciudadanas y Costa Rica votó sobre el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Argentina y Brasil tienen procedimientos de democracia directa tanto en el ámbito federal como en el subregional. También reformaron sus constituciones incorporando estos mecanismos Honduras (2004), República Dominicana (2010) y México (2012). Además de dichas reformas constitucionales que incluyeron mecanismos de mayor participación, se produjo una "refundación constitucional" que siguió la línea de la producida en Colombia en 1991 y en Venezuela en 1999: nos referimos a la Constitución de Ecuador de 2008 y la de Bolivia de 2009 (Lissidini, Welp, Zovatto 2014 y Gargarella, 2014).

En estos procesos, como los vividos en las asambleas constituyentes tanto en Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009) se generó una tensión no resuelta entre la legalidad –referida a procedimientos– y la legitimidad –basada en el apoyo ciudadano–. Por otra parte, una vez iniciados los procesos constituyentes, la ciudadanía fue relegada y las decisiones se tomaron a fuerza de números. Primó la lógica mayoritaria –no la búsqueda de consensos– y las reglas acordadas con el apoyo popular fueron modificadas y los presidentes adquirieron un papel protagónico (Massüger y Welp, 2013).

Sin embargo, el uso de los instrumentos de democracia semidirecta o participativa es aún modesto en la región, comparado con Europa y Estados

Unidos. Merece especial atención el caso de Islandia, que fuera llamativamente silenciado por los medios, donde después de su "quiebra", "Revolución naranja" mediante, el pueblo finalmente votó dos plebiscitos (uno en 2010 y otro en 2011) en contra del pago de la deuda a los bancos con dinero del presupuesto nacional y la redacción de su nueva constitución (se habla de "wikiconstitución" por el rol participativo que le dieron a la ciudadanía a través de las redes sociales).

En nuestra región, la mayoría de las consultas o audiencias públicas se refieren cada vez más a casos ambientales, por explotación minera, instalaciones hidroeléctricas, explotaciones petroleras o tala de bosques, entre otras. Todavía es pronto para hacer una evaluación del uso e impacto de este mecanismo, pero es probable que vayan en aumento dado el aumento de las políticas extractivas, la creciente conciencia ambiental ciudadana y las exigencias crecientes de los organismos internacionales (por tratados ambientales o por exigencias de contar con el consentimiento de las comunidades afectadas eventualmente antes de otorgar préstamos (como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo). En Argentina merecen destacarse los avanzados institutos que contempla la Ley General del Ambiente, sancionada por mandato constitucional luego de la reforma de la ley fundamental en 1994. Así, la audiencia pública aparece en un número importante de normas que regulan variadas materias (ambiente y recursos naturales, obras y servicios públicos, etc.).

## 2. Mecanismos de Participación Directa en la Argentina

En Argentina, desde 1994, la Constitución Nacional reconoce dos procedimientos de estas características: la *iniciativa popular* y la *consulta popular*, reglamentadas en 1996 y en 2001, respectivamente.

La *iniciativa popular* otorga a cualquier ciudadano/a el derecho de presentar proyectos de ley ante el Congreso, pero para eso se le exige respaldarlos con las firmas del 1,5% del padrón electoral nacional (cerca de 481.000 personas para 2015) distribuidas al menos en seis provincias del país. Después de un engorroso proceso de verificación de firmas, el proyecto llegará al Congreso, que dispondrá de un año para aprobarlo o rechazarlo.

La *consulta popular*, a diferencia de la iniciativa popular, debe ser convocada por el propio Congreso o por el Poder Ejecutivo Nacional, que consultan a la sociedad sobre una determinada ley o política (en esos casos se denomina referéndum) o bien sobre cuestiones de Estado excepcionales (conocido como plebiscito), como, por ejemplo, la anexión o la cesión de determinado territorio al país.

Según la Constitución, la consulta popular es vinculante (las autoridades deben acatar su resultado) solo si nace de una convocatoria de la Cámara de Diputados, no así si fue propuesta por el Senado o el Poder Ejecutivo.

Si bien estos mecanismos deberían funcionar como válvulas de descompresión de los errores y fallas del sistema de representación, cuando este desoye requerimientos ciudadanos o tiene dudas y evitarían males mayores en el quiebre de confianza entre representados/as y representantes hay demasiadas barreras que hacen que la herramienta no sea tan democrática como debería.

Hasta ahora solo dos iniciativas populares lograron cumplir todas las condiciones para llegar al Parlamento: El hambre más urgente (que se convirtió en una ley que otorgó asistencia alimentaria y sanitaria a varios millones de argentinos/as), y el proyecto (también aprobado) de derogación de las jubilaciones de privilegio. En cambio, más de una decena de otras iniciativas quedó en el camino.

Menos frecuente que la iniciativa popular, nunca se llamó a una consulta popular por ningún tema desde que fue incluida en la reforma constitucional de 1994. El único antecedente es de 1984, durante el gobierno de Raúl Alfonsín, con la consulta sobre la firma del tratado de paz con Chile, en la resolución del conflicto territorial en la zona del canal del Beagle, donde se impuso el "Sí" al acuerdo por el 81% de los votos.

En general la mayoría de los autores sostienen que la consulta popular no se usa por falta de voluntad política. En el caso de la iniciativa popular, coinciden en que se necesita demasiada estructura o aparato para llegar a cumplir los requisitos, la dificultad para obtener las firmas requeridas (tanto por el número y la cantidad de distritos), como por el procedimiento en sí mismo (no hay posibilidad de adherirse vía internet), las restricciones en materia presupuestaria, y en la ausencia de sanciones en caso de que la Cámara de Diputados no se expida en el tiempo previsto, es decir, 12 meses. (Lissidini y ver *La Nación*, 27 de marzo de 2005, nota de Laura Capriata).

Por otra parte, la Constitución no contempla el veto popular (es decir, los/as ciudadanos/as no pueden convocar a un referendo o plebiscito para proponer una reforma o intentar derogar una ley), tampoco se contempla la revocatoria de mandato a nivel nacional.

Más allá de estas herramientas nacionales, existen otras incluidas en constituciones provinciales y municipales, como la *revocatoria de mandato, audiencias públicas o presupuesto participativo o planeamiento estratégico participativo*, que tampoco son de utilización frecuente ni sencilla entre la ciudadanía, que por lo general las desconoce, salvo en ciudades más pequeñas, donde ha habido procesos efervescentes de sanción de sus respectivas Cartas orgánicas y/o donde los/as intendentes/as han tomado la participación como herramienta que construye sus propias políticas públicas. En la mayoría de las provincias y en Ciudad

de Buenos Aires se comenzaron a utilizar y dependiendo del gobierno de turno lentamente se van esterilizando o solo usando como un trámite formal sin tomar en consideración lo que los/as participantes han planteado, lo cual de manera creciente desmoviliza y genera en muchos casos escepticismo.

Las constituciones provinciales incorporan los mecanismos de democracia en diferentes momentos: algunas lo hacen muy tempranamente (Mendoza en 1934 y Santa Fe en 1921), otras en los años cincuenta, otras con la recuperación de la democracia y la mayoría lo hace como correlato de la Reforma constitucional de 1994. En materia de formas de participación ciudadana las provincias se anticiparon a la Nación y han ido más allá con instrumentos más novedosos de la democracia participativa.

Muchas provincias argentinas han incorporado el derecho de *iniciativa legislativa,* aunque en general se excluye explícitamente la propuesta de reforma o enmienda constitucional (Buenos Aires, Chaco, Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Salta, Santiago del Estero). Solo en La Rioja y Tierra del Fuego pueden promover una reforma o enmienda a la Constitución.

El derecho de *iniciativa popular* es reconocido en la Ciudad de Buenos Aires y La Rioja, por ejemplo. Tampoco es frecuente el derecho de *veto*, contemplándose en Córdoba, La Rioja y Río Negro.

En cuanto a la *revocatoria de mandato*, está contemplada en Chaco, Misiones, Neuquén, Chubut, Ciudad de Buenos Aires, La Rioja y Tierra del Fuego (en esta última, el pedido de revocatoria debe ser aprobado por la Legislatura), entre otras.

A nivel de los municipios:

- Los municipios de San Martín de los Andes, Pirané, General Pico, San Luis, San Fernando del Valle de Catamarca, Villa General Belgrano, Monte Caseros, Crespo, Gualeguaychú y Concepción del Uruguay tienen la posibilidad de utilizar el mecanismo de *referéndum*. En algunos casos, existe una división entre referéndum obligatorio y facultativo. General Pico, Pirané, Villa General Belgrano, Crespo y Concepción del Uruguay tienen esta herramienta en la ley provincial. Sin embargo, en estos casos, no existe normativa a nivel municipal que reglamente este mecanismo y, sin perjuicio de ello, no ha habido hasta el momento antecedentes acerca de su utilización. Por otra parte, los municipios de Monte Caseros, San Fernando del Valle de Catamarca, San Luis y San Martín de los Andes introducen esta opción en sus cartas orgánicas. Sin embargo, salvo en el caso de San Luis, no existen antecedentes sobre su utilización.

- Los municipios de San Martín de los Andes, General Pico, Crespo, San Luis, San Fernando del Valle de Catamarca, Gualeguaychú, Concepción del Uruguay, Villa General Belgrano, Junín, Olavarría y Presidencia Roque Sáenz Peña están habilitados para utilizar el mecanismo de *consulta popular*.

Tanto San Martín de los Andes como San Fernando del Valle de Catamarca prevén este mecanismo en sus cartas orgánicas. Sin embargo, en el caso de la segunda no ha sido utilizado hasta el momento. En San Martín de los Andes, no se encuentra regulado por una ordenanza. Sin embargo, de acuerdo con la información recabada, en algunas oportunidades se intentó hacer uso de este mecanismo.

Si bien Entre Ríos en 2008 incorpora las formas participativas con su última reforma constitucional y su Ley de Participación Ciudadana de 2009, es interesante que en 1997 el Poder Ejecutivo de Gualeguaychú llamó a una consulta popular a fin de conocer la opinión de la ciudadanía sobre una decisión que deseaba tomar (endeudamiento para obras pluviales) y no contaba en ese momento con el apoyo del Concejo Deliberante. Tanto en Crespo como en Concepción del Uruguay no se encontraron antecedentes en cuanto a su utilización.

Para los casos de Olavarría, Morón, Pergamino y Junín la consulta popular está incluida dentro del articulado de la Constitución provincial. Pergamino y Junín realizaron consulta popular no vinculante.

El mecanismo de consulta popular está establecido en el municipio de Presidencia Roque Sáenz Peña por la Ley Provincial 4233; en San Luis, por la Constitución Provincial; en Villa General Belgrano, por la Constitución Provincial y en Gral. Pico, por la Constitución Provincial y la Ley Orgánica de Municipios. Sin embargo, en ninguno de estos casos existe ordenanza que los reglamente y, sin perjuicio de ello, no existen antecedentes sobre su utilización.

- Los municipios de Pergamino, San Martín de los Andes, San Luis, San Fernando del Valle de Catamarca, Villa General Belgrano, Morón y Junín están habilitados para utilizar el mecanismo de *audiencia pública*. Los municipios de Crespo, Concepción del Uruguay y Gualeguaychú, a través de la sanción de una ordenanza específica, han realizado audiencias públicas en varias oportunidades aun antes de que la Constitución Provincial incorporara el mecanismo. Los municipios de San Luis, Pergamino y Junín, a nivel local se han sancionado ordenanzas que permiten la realización de audiencias públicas. Aun así, este mecanismo fue utilizado muy poco (Pergamino) o nunca (Junín y San Luis).

En el caso de Morón, la audiencia pública se encuentra regulada tanto por el Concejo Deliberante como por el Poder Ejecutivo. Durante el año 2004, el Concejo convocó a la realización de tres audiencias públicas, en las que se sometió a la opinión de la ciudadanía el tratamiento de varios expedientes que versaban desde el pedido de habilitación de comercios hasta el cambio de nombre de calles. En el caso de las audiencias públicas convocadas por el Ejecutivo, uno de los casos más destacados estuvo ligado al proceso de licitación para la recolección de residuos.

San Fernando del Valle de Catamarca tiene una ordenanza que regula la audiencia pública y ha sido utilizada en varias oportunidades, principalmente para temas de infraestructura y ordenamiento de la ciudad. También, al igual que en Villa General Belgrano, es un requisito del procedimiento de doble lectura.

Si bien el municipio de San Martín de los Andes posee una ordenanza que regula este mecanismo en forma simple, completa y clara, hasta 2007 no se lo había utilizado.

- Los municipios de Presidencia Roque Sáenz Peña, Olavarría, Morón, Pergamino, San Martín de los Andes, San Luis, Pirané, Crespo, Yerba Buena, San Fernando del Valle de Catamarca, Concepción del Uruguay, Villa General Belgrano, Monte Caseros, Palpalá y Junín cuentan con la posibilidad de utilizar el mecanismo de *iniciativa popular*.

San Luis, San Fernando del Valle de Catamarca, Monte Caseros, San Martín de los Andes y Palpalá contemplan en sus cartas orgánicas el derecho de iniciativa popular. En Monte Caseros y Palpalá este mecanismo nunca fue utilizado hasta 2007. En cambio, en Catamarca y San Martín de los Andes se realizaron presentaciones que no siguieron su curso debido a que no reunían los requisitos. En este último caso, una de las mayores trabas resulta la obligación de presentar un proyecto de ordenanza con el aval del 10% del electorado municipal (que debe acompañarse con las firmas autenticadas, domicilios y datos de identidad de los firmantes). En San Luis se registró una presentación utilizando este mecanismo para la construcción de desagües pluviales (año 2000).

La Ley Orgánica de Corporaciones Municipales de la Provincia de Entre Ríos otorga el derecho de iniciativa. En el caso de los municipios de Concepción del Uruguay, Gualeguaychú y Crespo no había sido utilizado hasta 2007.

Por otra parte, en Presidencia Roque Sáenz Peña, Pirané y Yerba Buena, las Leyes Orgánicas Municipales respectivas habilitan la iniciativa. En ninguno de estos municipios este mecanismo ha sido utilizado. Sin embargo, en Yerba Buena, a diferencia de Pres. Roque Sáenz Peña, su aplicación resulta muy dificultosa debido a los requisitos y pasos que deben cumplirse. En el caso de Pirané, haría falta una reglamentación del mecanismo ya que la ley resulta poco clara.

Los/as ciudadanos/as de Morón, Olavarría, Junín y Pergamino tienen el derecho de presentar proyectos de ley de acuerdo con lo que establece la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Si bien en ninguno de estos municipios existe una norma local que regule este instituto.

- Los municipios de Presidencia Roque Sáenz Peña, San Martín de los Andes, Gualeguaychú, San Luis, Crespo, San Fernando del Valle de Catamarca, Concepción del Uruguay, Villa General Belgrano, Monte Caseros y Palpalá cuentan con la posibilidad de utilizar el mecanismo de *revocatoria de mandatos.* Si bien difiere en cada municipio si este derecho está reconocido en su Carta Orgánica,

en la Ley Orgánica de Municipios o en la Constitución provincial, en ningún caso se han presentado pedidos de revocatoria de mandato.

El municipio de Luján de Cuyo carece de normas que regulen algún mecanismo de democracia directa o semidirecta y sin perjuicio de ello, se han encontrado ejemplos de su utilización (ver para la participación ciudadana en el nivel local: Programa Auditoría Ciudadana "Calidad de las prácticas democráticas en Municipios" de la Subsecretaria para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia, Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. Resumen Ejecutivo Programa Auditoría Ciudadana, desde 2003 a 2007).

Una carta orgánica de avanzada en materia de participación ciudadana es la de Ushuaia (2002) que a lo largo de todo su texto desde el mismo Preámbulo está atravesado por normas que la contemplan y promueven: Principios de la participación ciudadana (arts. 1, 4, 7, 41, 47 y 58), presupuestos participativos (arts. 37, inc. 3, 55, 96, 172 y disposición complementaria y transitoria 7), iniciativa legislativa (arts. 126, 160, 161, 213, 213, 246 y 264), revocatoria de mandatos (arts. 239 a 244), banca del vecino (arts. 249), audiencias públicas (arts. 82, 143, 145, 152, inc. 13, 15 y 17, 210, 248), entre otras.

## 3. Revocatoria de mandato

Nos abocamos a analizar este instrumento porque tal vez sea el menos conocido o aplicado en nuestro país y puede ayudar a sobrellevar situaciones de crisis de representatividad.

*La revocatoria de mandato consiste en la facultad de dejar sin efecto el mandato del/la titular de un cargo de elección popular, como producto de un proceso de consulta del mismo tipo.*

"Supone eliminar el contrato de representación establecido por el voto", dicen Eberhardt, Maurich, Triguboff y Urdínez.

El origen de la revocatoria de mandato puede rastrearse en las ideas del derecho a la resistencia y alineación legal vinculada a la traición de la voluntad popular de Locke, que la Declaración de la Independencia retoma. En Estados Unidos de América fue expresamente impulsada por los confederalistas. Jefferson la contempla cuando desarrolla sus ideas de autogobierno y derecho a la resistencia cuando los gobernantes infligían graves ofensas (al final de su Segundo Tratado sobre el Gobierno: "the People have a Right to act as Supreme, and continue the Legislative in themselves, or erect a new Form, or under the old form place in the new hands, as they think good", citado por Gargarella).

La revocatoria de mandato en América o *recall* aparece regulada por primera vez en Estados Unidos en 1903 en la carta municipal de la Ciudad de Los Angeles;

luego la siguieron numerosas ciudades, especialmente aquellas con formas de gobierno comunal. Avanza al plano estadual siendo Oregón el primero que la incorpora a su constitución en 1908. Le siguen California en 1911 y luego Texas, Idaho, Kansas, Nevada, Colorado, Michigan, Luisiana y la mayoría de los estados del oeste (Haro, 1987: 66).

El primer caso de un funcionario separado de su cargo mediante revocatoria o *recall* fue el de Hiram Gill, alcalde –*mayor*– de Seattle, en 1911. A continuación, siguieron la misma suerte el alcalde de Boise, Jeremiah Robinson, en 1916; y el gobernador de Dakota del Norte, Lynn Frazier, en 1921. Varios estados, condados y ciudades (towns) incluyen disposiciones sobre este mecanismo en sus constituciones, pero a nivel nacional no es utilizado. El último caso registrado fue la remoción del gobernador de California Gray Davis en 2003.

En América Latina, en general, esta posibilidad queda limitada al ámbito subnacional o local, salvo para Bolivia, Ecuador, Panamá y Venezuela, que lo contemplan a nivel nacional.

En *Bolivia*, todo cargo de elección popular podrá ser revocado siempre y cuando la convocatoria se realice después de la mitad del período por el cual fue electo, y no durante el último año de gestión.

En *Ecuador*, los ciudadanos pueden revocar el mandato a todas las autoridades de elección popular después del primer año y antes del último año del período para el que fueron elegidas.

En *Panam*á, los partidos políticos pueden ejercer la revocatoria para invalidar el mandato de los/as diputados/as que se hayan postulado, y los/as ciudadanos/as de un circuito electoral pueden hacerlo para revocar el mandato de los/as diputados/as de libre postulación (lo que no hace una revocatoria de mandato pura, observa Zovatto, 2014).

En *Venezuela*, la revocatoria se establece para todos los cargos de elección popular, incluido el de presidente de la República.

La revocatoria de mandato se ha empleado a nivel nacional en Venezuela y Bolivia. En Venezuela, en agosto de 2004, cuando se sometió a consulta ciudadana la continuidad o suspensión del mandato del presidente Hugo Chávez y actualmente se debate un pedido de revocatoria contra el presidente Maduro; el segundo, en agosto de 2008, cuando también se sometió a referéndum revocatorio el mandato del presidente Evo Morales, del vicepresidente y de los ocho prefectos departamentales.

Sin embargo, este mecanismo también está regulado en varios países en el ámbito subnacional y se ha utilizado en algunas oportunidades. En los últimos años, especialmente 2012 y 2013, Bolivia, Perú y Colombia han registrado numerosas solicitudes de revocatoria de mandato a nivel local, como lo mencionan Welp y Serdült (2014).

Estas prácticas han promovido un amplio debate tanto a nivel político como académico, sobre la conveniencia o no de estos mecanismos: ¿democratizan o desestabilizan? La revocatoria de mandato ha sido cuestionada por presidentes de diferentes posturas ideológicas (como Evo Morales en Bolivia y Juan Manuel Santos en Colombia). Asimismo, se ha solicitado la revocatoria de mandatarios tanto de "izquierda" como de "derecha" (Lissidini, 2013). Kornblith (2013) concluye que la revocatoria "requiere un adecuado equilibrio entre los requisitos ideados para activar los derechos de los ciudadanos y los disponibles para proteger los derechos de los funcionarios electos".

Si bien hay circunstancias similares, hay diferencias entre el *impeachment* y la revocatoria de mandato. El impeachment es una figura del derecho anglosajón (específicamente Gran Bretaña) mediante el cual se puede procesar a un/a funcionario/a de alto cargo público. El parlamento o congreso debe aprobar el procesamiento y posteriormente encargarse del juicio del/la acusado/a (normalmente en el Senado). Una vez que un individuo ha sido objeto de un impeachment tiene que hacer frente a la posibilidad de ser condenado por una votación del órgano legislativo, lo cual ocasiona su destitución e inhabilitación para funciones similares.

El término impeachment literalmente significa "bochorno" y tiene su origen en la Edad Media, cuando el parlamento inglés lanzó acusaciones contra el rey y sus colaboradores por derrochar caudales públicos, avergonzándolos. Las traducciones al español más comunes son "moción de censura", "impugnación", "impedimento" o "acusación pública" (también se usa "juicio político").

Los mecanismos que recogen Brasil y los otros países latinoamericanos en sus constituciones para recortar el mandato presidencial en una situación de crisis política y promover la remoción del/la mandatario/a cuestionado son totalmente diferentes entre sí. Si bien tanto el procedimiento, como los actores y el desenlace de los procesos marchan por carriles paralelos, en ambos casos estamos frente a mecanismos perfectamente constitucionales.

En el impeachment brasileño corresponde al Congreso establecer si el/la presidente/a puede ser destituido/a por algún delito de responsabilidad cometido durante su mandato. En el caso de que se lo/la encuentre culpable, es el/la vicepresidente/ta o quien continúe en la línea sucesoria (en caso de necesidad) quien ocupa el poder sin necesidad de que se convoque a nuevas elecciones. De ahí la exigencia de unas mayorías muy cualificadas para que los cargos puedan prosperar.

También hay diferencia entre el impeachment y el *juicio político* de nuestra Constitución Nacional, que fue el sistema propuesto por Alberdi siguiendo el de la Constitución de Estados Unidos de América –y su juicio de residencia– y las Constituciones de 1819 y 1826 (destitución por el Congreso a un/a funcionario/a

incapaz (en soledad Vanossi sostiene que también puede aplicarse a ex funcionarios/as) de ocupar un empleo de honor, confianza o a sueldo de la Nación; eventual condena penal a cargo de los tribunales ordinarios) (causales que han dado lugar a ríos de tinta de debates: mal desempeño, mala conducta, crímenes comunes o delitos en ejercicio de las funciones).

Los ex funcionarios de la corona española estaban sometidos al *juicio de residencia* después de su mandato como un procedimiento de responsabilidad policial. En nuestro país, en la actualidad, la Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas Malvinas establece que los/as ex funcionarios/as no pueden salir de la provincia durante cuatro meses después de concluido su mandato, salvo expresa autorización de la Legislatura o los cuerpos legislativos locales respectivos. En Formosa la "acción de transparencia" contra los/as ex funcionarios/as puede ejercerse hasta cuatros años después de concluido el mandato (art. 151, Const. de Formosa).

El sistema de Gran Bretaña y el de Estados Unidos se parecen porque en definitiva la remoción depende del Congreso pero en el caso del *impeachment* está siempre vinculado a un contenido criminalístico; en cambio en el *juicio de residencia* de Estados Unidos el Congreso revoca el mandato de un funcionario/a indigno o incapaz de ejercer el "buen gobierno" (traición, soborno, otros delitos o faltas graves).

Las *revocatorias de mandato* en los países latinoamericanos que las admiten se hacen por *referéndum revocatorio*. Hay distintos medios de iniciar su trámite, la vía parlamentaria es uno de ellos, pero debe ser la población, primero mediante la recolección de firmas y luego en una votación popular, la que decida si pone fin o no al mandato del/la presidente/a. En este punto hay elementos que varían, ya que en algunos casos y dependiendo del tiempo del mandato transcurrido, se debe convocar a nuevas elecciones, en otros corresponde al vicepresidente asumir el poder en lugar del/la mandatario/a defenestrado/a.

En Suiza, aunque no existe a nivel federal, está previsto en los estatutos de seis cantones: Berna (desde 1846), Soleura y Turgovia (desde 1869), Schaffhausen (desde 1872), Ticino (desde 1892) y Uri (desde 1988). La posibilidad de referendos revocatorios de mandatos (junto con la elección popular de los ejecutivos, la iniciativa y el referéndum legislativo) se introdujo en varias constituciones cantonales después de la década de 1860 en el curso de un amplio movimiento de reforma democrática. Los pocos intentos de utilización han fracasado, en general debido a que no se llegó al número de firmas requerido –con la excepción de una experiencia en la ciudad de Aarau durante el siglo XIX– y fue suprimido en el curso de las revisiones constitucionales en Argovia (1980), Basilea (1984) y Lucerna (2007).

En Canadá fue establecido en 1995 por la provincia de British Columbia.

## 4. Revocatoria de mandato en las Constituciones provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cartas orgánicas municipales

La Constitución Nacional no incluye este mecanismo de democracia semidirecta en su articulado, aunque tampoco lo prohíbe expresamente.

El art. 152 de la Constitución de Córdoba de 1923 preveía la posibilidad de que la legislación infraconstitucional otorgara, en el ámbito municipal, los derechos de iniciativa, referéndum y destitución de funcionarios/as electivos/as. Una previsión análoga puede encontrarse en el art. 193 de la Constitución de Entre Ríos de 1933.

En una segunda fase se incorpora a las constituciones de la década del cincuenta: Chaco (1957, art. 2), Misiones (1958, art. 2) y Neuquén (1957, art. 3).

Y más recientemente al recuperarse la democracia a las constituciones de San Juan (1986), La Rioja (1986, art. 83), San Luis (1987), Río Negro (1988, art. 2), Tierra del Fuego (1991, art. 209), Chubut (1994), Ciudad de Buenos Aires (1996, art. 67), Córdoba (1987, 2001), Corrientes (2007) y Entre Ríos (2008).

Solo en once constituciones provinciales es mencionado el derecho de destitución de autoridades municipales (Córdoba, Corrientes, Chaco, Chubut, Entre Ríos, La Rioja, Misiones, Neuquén, Río Negro, San Juan, San Luis). Además, en muchos casos se consagra la facultad de los electores y en otros solo se obliga a su inclusión en la ley orgánica de los municipios o en las cartas orgánicas que dicte cada gobierno municipal. La Constitución obliga a incorporar Revocatoria al sancionar cartas orgánicas municipales en el caso de Córdoba, Chaco, Chubut y La Rioja.

Al igual que para la iniciativa popular, es llamativo el caso de San Juan en tanto se establece la libertad de los municipios de habilitar la revocatoria de mandatos cuando se la juzga necesaria, pero, al mismo tiempo, se delega en una ley provincial la reglamentación de sus condiciones de aplicación.

Los municipios de Ushuaia, Córdoba, Corrientes, Chaco, Misiones y Neuquén lo tienen en sus cartas orgánicas.

De los registros existentes en Jefatura de Gabinete surge que los municipios de Presidencia Roque Sáenz Peña, San Martín de los Andes, Gualeguaychú, San Luis, Crespo, San Fernando del Valle de Catamarca, Concepción del Uruguay, Villa General Belgrano, Monte Caseros y Palpalá, si bien difiere en cada municipio si este derecho está reconocido en su Carta Orgánica, en la Ley Orgánica de Municipios o en la Constitución provincial, en todos está habilitado pero en ningún caso se han presentado pedidos de revocatoria de mandato hasta 2007. En el municipio de Luján de Cuyo carece de normas que regulen algún mecanismo

de democracia directa o semidirecta y, sin perjuicio de ello, se han encontrado ejemplos de su utilización.

Las Constituciones de Jujuy (1986), Salta (1986, 1998), Provincia de Buenos Aires (1994), Santa Fe (1962), Mendoza (1916, con enmiendas), Catamarca (1988), La Pampa (1960, 1994), y Santa Cruz (1957, 1994, 1998) no prevén revocatoria de mandato o popular ni tampoco las más recientemente reformadas de Formosa (2003), Santiago del Estero (2005) y Tucumán (2006).

Como se puede observar en los anexos de este capítulo, pocas constituciones precisan las causales de destitución. Chaco toma el criterio de adoptar las previstas para el juicio político: incapacidad física o metal sobreviniente, mal desempeño, falta de cumplimiento de los deberes a su cargo, delito en el ejercicio de sus funciones o por delitos comunes, a petición de no menos del tres por ciento de los electores. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires se limita a establecer por "causas atinentes a su desempeño", requiriéndose para el inicio del procedimiento la firma del veinte por ciento de los/as inscriptos/as en el padrón electoral de la ciudad o comuna, según sea el caso.

En la legislación, se adopta el criterio de tipificar las causas que pueden originar un proceso de revocatoria (ineptitud, negligencia, irregularidad, mal desempeño, incumplimiento de deberes y obligaciones, incapacidad o inhabilidad entre otras). Los cargos deben ser hechos en forma individual para cada funcionario/a objetado/a. Y entre las causales, en la mayoría de los casos se establece que no pueden esgrimirse las de índole personal.

En algunos casos se establece un límite temporal para la procedencia de este mecanismo, como que haya transcurrido un determinado lapso en su mandato o si no le faltare poco tiempo para concluirlo –un año de mandato y menos de seis para su expiración (Ciudad de Buenos Aires y Neuquén), después de la mitad de mandato (Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur)–; la suspensión del funcionario/a mientras se desarrolla este procedimiento; o reunidas las firmas la prohibición de realizar determinados que pueden ser perjudiciales para las municipalidades: como otorgar concesiones, exenciones de impuestos y derechos, ordenar adquisiciones o enajenaciones de bienes, entre otros.

También cuestiones relativas a la validez del referéndum: como por ejemplo, si el mismo es aprobado por la mayoría absoluta de los/as electores/as inscriptos/as se destituye al/la funcionario/a. Pero en líneas generales se dejan grandes rasgos de este instituto sujetos a la normativa reglamentaria.

Al igual que otras formas semidirectas, algunas provincias lo imponen como requisito entre los temas que deben contemplar las Cartas Orgánicas Municipales, tal es el caso de Córdoba, Chaco, La Rioja, Río Negro y Chubut.

## 5. Democracia Digital

En orden a mejorar o subsanar los déficit de la democracia representativa, no podemos dejar de mencionar la llamada *democracia electrónica o democracia digital* (en inglés e-democracy), que si bien no es un mecanismo institucional en sí mismo, es el uso de las TICs (informática, internet y telecomunicaciones) para crear espacios de diálogo y reflexión social, acceso a información de sujetos políticos, ejercicio de los derechos de participación/políticos y mejora de los procesos electorales en la relación entre ciudadanos/as, partidos políticos, gobiernos y organismos del Estado.

Es la democracia que usa las nuevas tecnologías de la información y los medios alternativos de comunicación para satisfacer sus necesidades en beneficio de todos/as y para mejorar procesos dentro de una democracia representativa. Es un desarrollo político que aún está en sus comienzos, y es tema de muchos debates y actividad dentro de gobiernos, grupos cívicos y sociedades alrededor del mundo.

A la democracia eléctronica también se le ha llamado ciberdemocracia o democracia digital. Cuando el término fue acuñado en el seno de los movimientos cívicos de Minnesota (Estados Unidos), el vocablo predominante era el de "teledemocracia". Esta fue definida por el cientista político Ted Becker en 1981 como una combinación de elementos de la democracia electrónica con algunos de "democracia deliberativa", ambos formulados casi al mismo tiempo.

El grupo de trabajo del área de conocimiento e-democracy de IT4ALL, liderado por la CALRE (Conférence des Assemblées Législatives Régionales d'Europe) en Europa, establece un conjunto de recomendaciones o factores esenciales para la e-democracy que deberían tomarse en cuenta para la democracia participativa en general y no solo cuando se usan tecnologías:

- Apertura: las instituciones representativas están obligadas a operar con transparencia y facilitar la participación de la ciudadanía en sus procesos de decisión.
- Compromiso: no se trata solo de objetivos a alcanzar, sino que deben constituir la base sobre la que se fundamenta el diseño estratégico y la cultura corporativa de las instituciones. La apuesta por la apertura debe incorporar compromisos presupuestarios y medidas de transformación organizacional vinculadas a estos valores.
- Proactividad: los/as ciudadanos/as deben actuar con responsabilidad, informándose en las instituciones, consultando sus dudas y aportando ideas.
- Multicanalidad: debe apostarse por una combinación inteligente de las posibilidades que ofrece cada TIC para llegar a todos/as los/as ciudadanos/as sin discriminación.

- Formación en valores cívicos: ofrecer oportunidades reales de participación de los/as ciudadanos/as en los procesos de decisión es mucho más que simple tecnología. Las instituciones deben esforzarse por animar este intercambio simplificando lenguajes y procedimientos, visibilizando al máximo los resultados que se deriven de las aportaciones cívicas y formando, especialmente a los/as más jóvenes, en la cultura de la responsabilidad y la participación.

Uno de los mayores problemas que necesita ser superado para que la democracia electrónica sea un éxito es el de la identificación de los/as ciudadanos/as. Para lograr elecciones y tramitaciones seguras desde los/as ciudadanos/as hacia sus gobiernos, aquellos/as deben tener algún tipo de identificación que proteja de la piratería o la usurpación de identidad. La necesidad de permitir una comunicación anónima mientras, al mismo tiempo, se puedan otorgar determinados permisos dentro del sistema electrónico a ciudadanos/as concretos/as, podría ser resuelta usando ciertos métodos criptográficos. En el Reino Unido hay mucha discusión en torno a la introducción de una tarjeta de identificación nacional británica. En España se comenzó a implantar el documento nacional de identidad (DNI) digital en 2006, aunque aún no están claras sus aplicaciones en los procesos electorales. Estos debates se extienden y emparentan las dudas y riesgos en el uso de tecnologías para con los procesos electorales.

Otro problema al respecto es la posibilidad de que haya muchos intereses creados, determinadas figuras políticas más poderosas, propietarios/as de medios, lobbies y grandes negocios que pudieran participar a través de estos mecanismos y con más recursos distorsionando la participación del conjunto, o logrando más alta participación en relación a sus intereses frente a otros grupos que no participan.

Paradójicamente, el ultraconservador Ross Perot fue por un tiempo un prominente defensor de la Democracia Directa Electrónica cuando propuso Ayuntamientos Electrónicos durante sus campañas presidenciales de 1992 y 1996 en los Estados Unidos. Este concepto ha sido recuperado por otros movimientos en diversos lugares del mundo en la actualidad gracias a las posibilidades de internet.

La *democracia directa electrónica* como sistema no ha sido implementada totalmente en ningún lugar del mundo, aunque Suiza, ya gobernada parcialmente por democracia directa, se mueve en dirección a dicho sistema. Los avances en los países nórdicos son notables en el uso de estas herramientas, como citamos en el caso de Islandia. También en España existe una iniciativa llamada Demo 4.0, un sistema para incluir la participación digital en la votación de cada ley. También hay varias iniciativas para escribir una nueva constitución colectiva y llegar a la democracia en red.

Se habla de *democracia de código abierto,* de *democracia líquida* –democracia directa delegativa revocable– y de "crowdsourcing" de nuevas leyes y textos constitucionales y hay muchas experiencias en países europeos y niveles locales (otro caso interesante es el de Estonia). Hay varios partidos tratando de desarrollar softwares para la transparencia, la participación ciudadana y política (software Feedback Liquid o el Wasa2il del Partido Pirata de Islandia). La idea central es que las reglas básicas del juego no puedan modificarse sin el consentimiento expreso de una gran mayoría. Y que en las cuestiones locales o diarias se pueda auscultar de manera permanente qué quiere la gente. Se trata de que la participación en una democracia sea gratificante sin ocupar mucho el tiempo de cada persona (ver entrevista a Gunnar Grimsson, en *El Diario de España*, 20/5/2013)

## 6. Algunas reflexiones

Aun en momentos de crisis institucional hay dificultades para la participación ciudadana. Hay aún más cultura para criticar, rozando la antipolítica, a veces, que para accionar o promover cambios. Esto se debe entre otras causas a:

- La falta de una tradición participativa marcada por las huellas de los largos años de autoritarismo.
- La insuficiente información y formación ciudadana, sumada a cierta apatía, indiferencia y miedo al compromiso.
- La escasez de recursos y los procesos crecientes de desigualdad de oportunidades cuando no de exclusión de sectores sociales.
- La crisis de representatividad de la "clase política" (la mayoría de los/as politicos/as se van convirtiendo en una "secta") que lleva a un descreimiento generalizado de las instituciones republicanas.
- La ausencia de una clara y decidida voluntad política para promoverla.

*Promover la participación requiere algo más que su creación legislativa.* Necesita coherencia, continuidad y articulación con otros principios y valores, que demandan cambios estructurales en las políticas implementadas. Es fundamental crear un entorno favorable para su desarrollo, trabajando con sus elementos medulares relacionados: mejoras en la información, comunicación, transparencia, calidad, respuestas a la ciudadanía y generación de nuevos espacios e instancias participativas.

La promoción de procesos participativos es una inversión política hacia una nueva legitimidad, genera nuevas formas de administrar el poder –dice Leopoldo Fidyka, y compartimos– y si bien el proceso de toma de decisiones puede ser más

lento, se obtendrán decisiones más sólidas, con resultados que se adecuen mejor a los distintos intereses sociales en juego. En definitiva, no constituye un recurso técnico sino una verdadera apuesta de innovación política hacia la construcción de derechos en el ámbito local.

*Los mecanismos de participación como están legislados en nuestras constituciones, a veces en forma tan acotada, hacen depender en gran medida de los designios de la norma reglamentaria posterior*: es decir, cuestiones centrales o factores determinantes de los mismos, que influyen en gran medida en la viabilidad de su aplicación, no son definidos o no son resueltos en el marco constitucional. Por lo tanto una provincia puede tener determinados mecanismos y en la práctica efectivamente sus ciudadanos/as no gozar de los mismos, por carencia (en muchos casos) o deficiencias de la reglamentación.

*Se declama participación pero se la retacea*. Y aun cuando los/as constituyentes puedan ser bien intencionados/as la experiencia indica que los tres poderes constituidos se encargarán de recortarla (salvo honrosas excepciones).

Dualidad entre las ambiciosas expresiones normativas con las estrechas realidades cotidianas. Diferencia entre institucionalización y ejercicio: así, una provincia puede tener ambiciosos mecanismos participativos a nivel provincial o local, pero si estos requieren reglamentación, y esta no ha sido realizada, o se hace restrictivamente, las normas constitucionales no dejan de ser un catálogo de buenas intenciones. Por lo tanto que existan detallados mecanismos en las constituciones no es del todo suficiente, sino que es necesario también analizar si están reglamentados y de qué forma se lo ha hecho.

Un caso que ilustra esta cuestión puede ser la provincia de Entre Ríos: si bien su constitución establece el derecho de revocatoria o destitución de los/as funcionarios/as electivos/as para el ámbito local, la forma en que ha sido reglamentado en su Ley Orgánica Municipal impide a la gran mayoría de electores/as municipales ejercerlo.

*No existe una conciencia generalizada en considerar la expansión de la participación como una verdadera inversión ciudadana. No se advierten los beneficios en la toma de decisiones, en el fortalecimiento de la democracia, la solidez y legitimidad de las decisiones, el enriquecimiento de las politicas públicas cuando estas se toman o elaboran participativamente.* Más bien se le teme por supuestas pérdidas de poder político.

En esos temores probablemente haya respuesta a por qué a nivel nacional no se incorporan mecanismos de participación que ya estaban legislados en muchas provincias, o por qué en algunas provincias no instituyen mecanismos para el ámbito local, que sí están contemplados para el provincial o viceversa en otros casos. O por qué no se reglamentan, o se reglamentan restrictivamente, muchos mecanismos a pesar de la existencia de mandatos constitucionales en ese sentido.

Tal vez esos temores también explican por qué la revocatoria de mandatos es la figura menos extendida de las formas semidirectas.

Subyace la desconfianza de que si se avanza en espacios de decisión se vuelva difícil dilucidar las fronteras entre las crecientes atribuciones de los órganos participativos con las específicas de los órganos constituidos.

Hay también una dualidad entre las ambiciosas expresiones normativas y las estrechas realidades cotidianas. *Hay una brecha entre institucionalización y ejercicio.* En parte, hay ciudadanos/as que desconocen sus derechos al uso de estos mecanismos, o que no tienen tiempo, o tienen otros problemas o prioridades. Y por otro lado hay obstáculos y barreras y el sistema no parece interesado a que se informen o removerlos. En muchos casos se prefiere funcionar a puertas cerradas o decidir en secreto.

Esto es en algunos casos falta apropiación de los instrumentos pero en otros casos hay resistencia a la "molestia" que generamos los/as ciudadanos/as participativos/as.

## Bibliografía


Abal Medina, Juan Manuel: "La crisis política y la reforma institucional pendiente". Trabajo preparado para el VI Congreso Nacional de Ciencia Política de la Sociedad Argentina de Análisis Político (SAAP), Rosario, noviembre 5-8 de 2003.

— *Muerte y resurrección de la Representación Política*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Bidart Campos, Germán: *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, Editorial Ediar, 1994.

Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia.* México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

Bosoer, Fabián: "Las circunstancias del traspaso del mando presidencial en 1989", en *Apuntes sobre la reconstrucción del Nuevo Príncipe en la Argentina, de Alfonsín a Menem*, revista *Argentina Reciente*, Buenos Aires, Nº1, 1999.

Constitución de Ecuador (2008).

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (1996).

Constitución de la Nación Argentina (1853/1994).

Constitución Política de Bolivia (2009).

Constituciones Provinciales. Disponibles en Infoleg y Saij.

Cortés Rodas, Francisco: "El contrato social liberal: John Locke", en *Co-herencia* vol. 7 Nº13, Medellín, July/Dec. 2010. Disponible on line en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-58872010000200005

Eberhardt, María Laura: "Demandas de democracia directa al interior de las democracias representativas modernas: El conflicto Participación vs. Representación II", VII Congreso Nacional de Ciencia Política de la Sociedad Argentina de Análisis Político (SAAP) - Agendas Regionales en Escenarios de conflicto. Córdoba, Universidad Católica de Córdoba, 15 al 18 de noviembre, 2005.

— "Mecanismos de participación ciudadana en la Ciudad de Buenos Aires. Análisis del funcionamiento de la Revocatoria de Mandato en el caso por la destitución del Jefe de Gobierno", en Abal Medina, Juan Manuel (comp.), *Participación y control ciudadanos. El funcionamiento de los mecanismos institucionales electorales y societales de accountability en la Argentina.* Buenos Aires, Editorial Prometeo, 2009.

— "Desempeño de los mecanismos participativos semi-directos a la luz de sus objetivos de creación constitucional. El caso de la Ciudad de Buenos Aires (1996-2008) II. V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política. Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Buenos Aires, 2010.

Eberhardt, María Laura, Maurich, Mario, Triguboff, Matías y Urdínez, María Victoria: "Mecanismos de Participación y Control Ciudadano en la Argentina". Disponible en: http://www.catedras.fsoc.uba.ar/castiglioni/paper3.pdf

Esmein, Adhémer: "Dos formas de gobierno" (traducción Enrique Guillén López), en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Universidad de Granada. Año 12, Nº23, enero-julio 2015. Disponible en: http://www.ugr.es/~redce/REDCE23/articulos/09_ESMEIN.htm.

Ferreira Rubio, Delia: "¡Que se vayan todos! La crisis argentina de 2001-2003.

Seminario Internacional. Gobernabilidad y reformas políticas. Nuevos desafíos para la democracia". Guatemala, OEA, 22 y 23 de noviembre, 2006. Disponible en http://www.deliaferreira.com.ar/pdf/at-gobierno/Crisis%20 2001-OEA-Guatemala-2006.pdf.

Fidyka, Leopoldo J.: "Instrumentos jurídicos para una gestión local participativa", en *Participación Ciudadana y Municipios*, Dinac / Universidad Nacional del Comahue EDUCO / Reun, 1997.

— "La Participación Comunitaria, Marco Constitucional de la República Argentina". Buenos Aires, Dirección Nacional de Asuntos Comunitarios, Ministerio del Interior, 1995.

— "Mecanismos de participación ciudadana local en el nuevo marco constitucional argentino", Córdoba, 9 y 10 de septiembre de 2004, VI Seminario Nacional de la Red de Centros académicos para el estudio de gobiernos locales. Disponible en: http://municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/fidyka.pdf

Frías, Pedro *et al*.: *Las Nuevas Constituciones Provinciales*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1990.

Gargarella, Roberto: "Capítulo VI. En nombre de la Constitución. El legado federalista dos siglos después", en Borón, Atilio (comp.), *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2000.

— "Democracias en crisis, reformas fallidas", en *La Nación*, 31 de mayo de 2016, p. 23 (Opinión).

— "El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema", en Cante, Freddy y Ortiz, Luisa (comps.), *Umbrales de Reconciliación, Perspectiva de Acción Política No violenta*. . Bogotá, Centro de Estudios Políticos e Internacionales (CEPI) y Facultad de Ciencia Política y Gobierno y de Relaciones Internacionales, Universidad del Rosario, 2006.

— "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes", CONICET/CMI (on line).

— *La Justicia frente al Gobierno*. Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Nº3. 1ª reimpresión. Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2012.

Haro, Ricardo: *Constitución, Gobierno y Democracia.* Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1987

Hernández, Antonio: *Derecho Municipal*. Ediciones Depalma, 1997.

Lissidini, Alicia, Welp, Yanina y Zovatto, Daniel (coords.), *Democracia directa en Latinoamérica*. Center on Direct Democracy, IDEA Internacional y Escuela de Política y Gobierno de UNSAM. Buenos Aires, Prometeo Libros, 2008.

— *Democracia en movimiento.* México, Universidad Autónoma de México, 2014.

Locke, John: *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Madrid, Espasa Calpe, 1991.

Massurger, Nina y Welp, Yanina: "Legality and Legitimacy. Constituent power in Venezuela, Bolivia and Ecuador", en Méndez, Fernando and Wheatley, Jonathan (eds.), *Constitution-Making and Popular Participation*, UK, Ashgate, 2013.

Peruzzotti, Enrique: "La democracia representativa como política mediada: repensando los vínculos entre representación y participación", en *Debates en Sociología*, Nº33. 2008.

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Consejo de la Magistratura: *Diario de Sesiones. Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996.* 1ª ed. Prólogo, Graciela Fernández Meijide. Alejandra Pericola (comp.). Buenos Aires, Jusbaires Editorial, 2016. Tomos 1, 2 y 3.

Rawls, John: *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Barcelona, Paidós, 2009.

Rojo Vivot, Alejandro: *Participación Ciudadana y la Carta Orgánica de Ushuaia.* Buenos Aires, Asociación Participación Ciudadana, 2005.

Rosatti, Horacio *et al.*: *La Reforma de la Constitución*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994.

Sabsay, Daniel A.: *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, La Ley, 2011.

Santos, Boaventura de Sousa: *Sociología jurídica cr*ítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho. Madrid, Editorial Trotta, 2009.

Vile, M.: "The Separation of Powers", en Greene, Jack P. y Pole, J. R., *Blackwell Encyclopedia of the American Revolution.* Oxford, Basil Blackwell, 1991. Welp, Yanina: "Brechas digitales y políticas: ¿democracia electrónica en América Latina?". Center for Research on Direct Democracy. Universidad de Zurich. Suiza, 2010. Disponible en: https://yaninawelp.files.wordpress.com/2009/10/welp_flacso_may2010.pdf

Martincus, Flavia Volpe: "Calidad de las prácticas democráticas en los municipios argentinos. Creación e implementación del Programa Auditoría Ciudadana". Tesis FLACSO, 2015. Disponible en: http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/8436/2/TFLACSO-2016FMVM.pdf

Zarini, Helio: *Constitución* Argentina. *Comentada y Concordada.* 1ª reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998.

Zovatto, Daniel y Tommasoli, Massimo: "El debate sobre la calidad de la democracia en América Latina 35 años después del inicio de la tercera ola en la región", en *La calidad de las democracias en América Latina*, LUISS-IDEA Internacional, 2013.

## Ejercicio

Investigue sobre los pedidos de revocatoria de mandato en la Ciudad de Buenos Aires a Aníbal Ibarra y a Mauricio Macri a partir de los artículos de la prensa escrita y de los fallos de Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires. Reconstruya la cantidad de pedidos, las causales y fechas y cuántas firmas se lograron en cada caso.

¿Cómo terminaron los mandatos ambos jefes de Gobierno?

## Anexos

### *I. Revocatoria de Mandato en Constituciones Provinciales*

-Constitución de Chaco: Introduce los mecanismos de participación semidirecta en 1957 y siguen vigentes después de la reforma de 1994 en la actual redacción:

"Fuente del poder

Art. 2 - *Todo el poder emana del pueblo y pertenece al pueblo*, que lo ejerce por medio de sus representantes con arreglo a esta Constitución y a través de los derechos de iniciativa popular, consulta popular y revocatoria.

La ley los reglamentará con sujeción a las siguientes normas:

1. La *iniciativa popular*, para presentar proyectos de ley u ordenanzas, requerirá la petición de no más del tres por ciento de los ciudadanos del padrón electoral correspondiente. El Poder Legislativo o los consejos municipales deberán darle expreso tratamiento en el plazo de doce meses.

No podrán plantearse por esta vía cuestiones atinentes a tributos, presupuesto y reforma de la constitución.

2. La *consulta popular vinculante* será convocada por los dos tercios de los miembros de la Cámara de Diputados o de los consejos municipales, y para que la misma se considera válida, se requerirá que los votos emitidos hayan superado el cincuenta por ciento de los electores inscriptos en los registros cívicos.

Para su aprobación será necesario el voto afirmativo de más del cincuenta por ciento de los válidamente emitidos.

3. La *revocatoria de los mandatos* de los funcionarios electivos, por las causales previstas para el juicio político –a petición de *no menos del tres por ciento de los ciudadanos de los padrones electorales* respectivos, y aprobada por la *mayoría absoluta de los electores inscriptos*– destituye al funcionario".

Se adjunta en Anexo II la Ley 4313 del 4 de Julio de 1996 que reglamenta el Art. 2 de esta Constitución. Llama la atención que la ley eleva a 10% el mínimo de firmas requeridas para la petición de la revocatoria de mandato, resultando una restricción manifiestamente inconstitucional. Constitución de Misiones desde 1958 hasta su última reforma en 1998

"Art. 2 - La soberanía reside en el pueblo, del cual emanan todos los poderes, pero éste no gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades legítimamente constituidas, sin perjuicio de los derechos de *iniciativa, referéndum y revocatoria*".

-Constitución de Neuquén (1957, reformada en 1994. El tema no se modifica en la reforma de 2003)

"Art. 3 - Neuquén es una provincia indivisible, laica, democrática y social. La soberanía reside en el pueblo, quien no gobierna sino por sus representantes con arreglo a esta Constitución y sin perjuicio de sus *derechos de iniciativa, referéndum y revocatoria*".

"Art. 198 (actual 283 desde la reforma de 2006) - Los electores del municipio tendrán los derechos de iniciativa, referéndum y *revocatoria* mediante el voto popular en la forma y bajo las condiciones que la ley establezca."

En la reforma del 2006 se mantienen las normas del Art. 3 y del 198 que ahora es el 283 y se incluye un título especial con las formas de participación semidirecta:

"Título II - Mecanismos de democracia semidirecta

Audiencia pública. Art. 308. - La Legislatura, el Poder Ejecutivo y los municipios pueden convocar a audiencia pública para debatir asuntos concernientes al interés público y al bienestar general, la que debe realizarse con la presencia inexcusable de los funcionarios competentes. La ley establecerá el procedimiento y los casos en que resulte obligatoria su realización.

Iniciativa popular. Art. 309. - Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa popular para presentar proyectos de ley.

Estos deberán ser tratados dentro del término de doce (12) meses a contar desde el momento que toma estado parlamentario cuando sea instado por más del tres por ciento (3%) de los electores provinciales, de acuerdo al procedimiento que fije la ley reglamentaria.

No son objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a tributos, presupuesto y temas que requieran mayoría agravada para su aprobación.

Consulta popular vinculante. Art. 310. - La Legislatura puede, al sancionar una ley, convocar simultáneamente a consulta popular vinculante. Esta ley solo adquiere vigencia si es ratificada por la mayoría absoluta de los electores que emitan válidamente su voto, en cuyo caso su promulgación es automática.

No pueden ser objeto de consulta popular vinculante aquellas materias que para su aprobación exigen mayoría agravada o están excluidas de la iniciativa popular.

Consulta popular no vinculante. Art. 311. - El Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y los municipios pueden convocar a consulta popular no vinculante sobre decisiones de sus respectivas competencias. El sufragio no será obligatorio. Quedan excluidas la materia tributaria y aquellas que no pueden ser objeto de consulta popular vinculante.

*Revocatoria de mandatos.* Art. 312 - *Todos los cargos de elección popular son revocables, y el electorado tiene derecho a requerir la revocatoria de los mandatos por mal desempeño en sus funciones, impulsando una iniciativa con la firma del veinticinco por ciento (25%) de los inscriptos en el padrón electoral de la Provincia o del municipio correspondiente.*

*El pedido de revocatoria no es admisible para quienes no hayan cumplido un (1) año de mandato, ni para aquellos a los que restaren menos de seis (6) meses para la expiración del mismo.*

*El Tribunal Superior de Justicia debe comprobar los extremos señalados y convocar a referéndum de revocatoria de mandato dentro de los ciento veinte (120) días de presentada la petición. Es de participación obligatoria y tiene efecto vinculante si los votos favorables a la revocación superan el cincuenta*

*por ciento (50%) de los inscriptos. Durante el período para el cual fue elegido el funcionario no podrá hacerse más de una (1) solicitud de revocatoria de su mandato."*

-Constitución de San Juan (1986):

"Art. 251 - Son atribuciones comunes a todos los municipios, con arreglo a los principios de sus Cartas y Ley Orgánica, los siguientes: […] 11) Utilizar la consulta popular cuando lo estime necesario. Una ley establece las condiciones en que se ejercerán los derechos de iniciativa y *revocatoria*…"

Constitución de La Rioja (desde 1986, art. 83, y continúa en la reforma de 2008):

Según su Preámbulo se proclama como "…Estado democrático basado en la *participación popular*…". Esta norma no es declarativa sino que es fuente interpretativa y pauta de orientación sobre la finalidad y alcance de la Constitución (conf. su art. 5).

Art. 1º - SOBERANÍA POPULAR. El poder emana y pertenece exclusivamente al pueblo de la Provincia, quien lo ejerce por medio de sus legítimos representantes y por las *otras formas de participación democrática* establecidas en esta Constitución".

El art. 3 habla de la democracia participativa y la rendición de cuentas.

"Art. 83 - *REVOCATORIA POPULAR. El cuerpo electoral tiene el derecho de decidir la destitución o separación de aquellos funcionarios electivos que no han cumplido el mandato recibido o que por el mal desempeño en sus funciones han dejado de merecer la confianza depositada en ellos por el pueblo.*

Para la revocatoria popular se considere válida es necesario que el resultado electoral supere el cincuenta por ciento de los electores inscriptos en el registro electoral".

Con la reforma de 2008 se agrega en el "Art. 157 - ATRIBUCIONES (Municipios) […] Las Cartas Orgánicas deberán asegurar: […] 2.- Los derechos de iniciativa, consulta, *revocatoria* y audiencias públicas…"

Constitución de San Luis (1987):

En el Preámbulo habla de "democracia participativa" y en su Art. 5 reconoce igual legitimidad a la forma representativa y a "otras formas de participación democrática".

Solo prevé la revocatoria en la órbita municipal. Así al referirse a los/as electores/as municipales dice:

"Electores municipales

Art. 259. Son electores municipales:

1. Los argentinos inscriptos en el padrón electoral correspondiente a la jurisdicción territorial del municipio.

2. Los extranjeros mayores de dieciocho años, con un año de residencia inmediata en el lugar, inscriptos en el padrón especial que lleva la Comuna. Este padrón

debe ser rubricado por el Juez Electoral y confeccionarse observando las formalidades que determina la ley.

Todo elector tiene derechos de iniciativa, referéndum y *revocatoria* en los casos y forma que reglamenta la ley.

Constitución de Río Negro (1988, art. 2)

En el Preámbulo habla de "consagrar un ordenamiento pluralista y *participativo*".

"SOBERANÍA POPULAR

Art. 2.- El poder emana del Pueblo, quien delibera y gobierna por medio de sus representantes y autoridades legalmente constituidas, con excepción de los casos del *referéndum, consulta, iniciativa y revocatoria populares*.

A toda persona con derecho a voto le asiste el derecho a iniciativa ante los cuerpos colegiados para la presentación de proyectos.

Regula la revocatoria de las leyes, como una contracara de la iniciativa: "REVOCATORIA. Art. 149 - Todo habitante de la Provincia puede peticionar la revocatoria de una ley a partir de su promulgación.

La ley determina el funcionamiento del registro de adhesiones, los plazos y el réndum obligatorio".

En materia de Régimen municipal, al referirse a las Cartas orgánicas prevé:

"CARTA ORGÁNICA. Art. 228.- Los Municipios dictan su Carta Orgánica para el propio gobierno conforme a esta Constitución, que asegura básicamente:…4. El derecho de consulta, iniciativa, rendum, plebiscito y *revocatoria de mandato*."

Constitución de Tierra del Fuego (1991, art. 209)

"SECCIÓN SEGUNDA. PARTICIPACIÓN DIRECTA

CAPÍTULO I. INICIATIVA POPULAR

Requisitos. Art. 207.- Se reconoce el derecho a la iniciativa popular para la presentación de proyectos de ley, cuando sean avalados por un número de ciudadanos no menor al diez por ciento de la cantidad de votos efectivamente emitidos en la última elección provincial, en la forma y del modo que determine la ley. Los proyectos presentados en la Legislatura, de conformidad con lo establecido en el párrafo precedente, estarán sujetos a trámite parlamentario preferencial. En el nivel municipal, la iniciativa popular será aplicada en igual forma hasta tanto sea establecida y reglamentada en la Ley Orgánica y cartas orgánicas municipales.

CAPÍTULO II. CONSULTA POPULAR

Condiciones - Iniciativa. Art. 208.- Mediante el voto favorable de los dos tercios de los miembros de la Legislatura, se puede someter a consulta popular de los electores cualquier cuestión que por su importancia se considere merecedora de requerir la opinión del Pueblo, a excepción de las leyes tributarias o de presupuesto.

CAPÍTULO III. REVOCATORIA DE MANDATOS

Art. 209.- La ciudadanía podrá solicitar la revocatoria del mandato de cualquier funcionario en ejercicio de un cargo electivo, en el modo y por la forma que establezca la *ley, que deberá ser aprobada por el voto favorable de los dos tercios de los miembros de la Legislatura*. Dicha norma deberá contemplar como base que la solicitud de revocatoria se formalice por escrito ante la Justicia Electoral Provincial, con la adhesión certificada por esta, del *veinte por ciento como mínimo del total del n*úmero de votantes que efectivamente hayan sufragado en el último acto eleccionario llevado a cabo en la jurisdicción que corresponda. Este derecho *no podrá ejercerse antes de transcurrido el cincuenta por ciento del período de la gestión* motivo del cuestionamiento.

Senadores nacionales. Art. 210.- La Legislatura Provincial, con el voto afirmativo de los dos tercios de sus miembros, podrá requerir al Senado de la Nación la exclusión de su seno de los senadores nacionales que, representando a la Provincia, dejaren de cumplir las instrucciones impartidas en forma fehaciente por aquella, en uso de las atribuciones conferidas por el Art. 105, inciso 6), de esta Constitución. Tal incumplimiento, que constituye inhabilidad moral, implica además la inhabilitación a perpetuidad del senador incurso en esa conducta para ejercer cualquier cargo público en la Provincia, independientemente de la decisión que adopte el Senado de la Nación sobre el pedido de exclusión".

En el Anexo III se adjunta la Ley de Revocatoria de Mandato que reglamenta el Art. 209.

Constitución de Córdoba (1987/2001)

En el Preámbulo habla de "democracia pluralista y *participativa"*.

"Art. 3. Soberanía popular - La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce a través de sus representantes y demás autoridades legítimamente constituidas y, por sí, de acuerdo con las formas de participación que esta Constitución establece".

"Art. 183. Requisitos - Las Cartas Orgánicas deben asegurar:

1. El sistema representativo y republicano, con elección directa de sus autoridades, y el

voto universal, igual, secreto, obligatorio y de extranjeros; […]

4. Los derechos de iniciativa, referéndum y *revocatoria*;

5. El reconocimiento de Comisiones de Vecinos, con participación en la gestión municipal y respetando el régimen representativo y republicano…"

"Art. 184. Ley orgánica municipal - La Legislatura sanciona la Ley Orgánica Municipal para los Municipios que no tengan Carta Orgánica. Estos pueden establecer

diferentes tipos de gobierno, siempre que aseguren lo prescripto en los incisos 1, 2, 4 y

6 del Art. anterior."

-Constitución de Chubut (1994)

"Art. 5 - El pueblo es el sujeto y el titular de la soberanía como único vehículo del poder y de la autoridad, pero solamente delibera y gobierna por medio de sus legítimos representantes, sin perjuicio de los *mecanismos de democracia semidirecta* previstos en esta Constitución. Por lo tanto, su voluntad libremente expresada tiene absoluta prevalencia, pudiendo reformar parcial o totalmente esta Constitución con miras al bien común y en la forma en que ella lo prescribe".

"*Revocatoria de mandatos.* Art. 264 - Con un mínimo del *veinte por ciento del total del padrón electoral*, puede solicitarse la remoción de los funcionarios electivos de la Provincia.

La ley establece los casos y las condiciones requeridas para tal solicitud, debiendo contar para su aprobación con el *voto de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura.*

Corresponde la revocatoria cuando la *mayoría de los votos válidos emitidos* así lo determine".

Constitución de Corrientes (de 1960, reformada en 1993. Recién introduce la revocatoria en 2007 [Taragüí Tetãmini Constitución] y solo para el Régimen municipal):

"Art. 220 - El gobierno municipal es ejercido por un Departamento Ejecutivo y un Departamento Legislativo. El Departamento Ejecutivo está a cargo de una persona con el título de Intendente, elegido por el cuerpo electoral del municipio en distrito único y en forma directa a simple pluralidad de sufragios. De igual forma se elige en fórmula un Viceintendente. Ambos duran cuatro (4) años en su cargo, pudiendo ser reelectos por un solo mandato consecutivo. Pueden ser removidos por juicio político o *revocatoria popular.* En caso de empate en el comicio se convoca a nuevas elecciones dentro del plazo de diez (10) días de concluido el escrutinio, entre las fórmulas que hayan empatado, debiendo el acto eleccionario realizarse dentro de los treinta (30) días posteriores al escrutinio. El Viceintendente reemplaza al Intendente por el resto del período constitucional en caso de muerte, renuncia, destitución o impedimento definitivo, y hasta que cesen las causas en caso de ausencia, suspensión u otro impedimento temporal o provisorio. De la misma manera, si el impedimento temporal o definitivo lo fuere del Intendente y del Viceintendente a un mismo tiempo, el Departamento Ejecutivo es ejercido por quien presida el Concejo Deliberante, quien para el caso de acefalía absoluta y definitiva convoca dentro de los tres (3) días a elecciones para completar el período correspondiente siempre que de este falte cuanto menos un (1) año, debiendo el acto eleccionario realizarse dentro de los noventa (90) días posteriores a la convocatoria…"

Constitución de Entre Ríos (desde 1933, hasta la actual reforma de 2008).

La Constitución histórica preveía: "Art. 193 - La Ley orgánica de las corporaciones municipales *podrá* otorgar al electorado de cada municipio, y para caso

expresamente enumerados, los derechos de iniciativa, referéndum y *destitución de los funcionarios electivos"*.

Actualmente la reforma de 2008: "Art. 238 - Las cartas orgánicas municipales deberán observar lo dispuesto en los artículos 234 y 236 precedentes y en particular *deberán asegurar*: a) Los principios del régimen democrático, *participativo*, representativo y republicano, la elección directa de sus autoridades y el voto universal, igual, secreto y obligatorio que incluya a los extranjeros. b) Un régimen electoral directo para presidente y vicepresidente municipal y los concejales y la adopción para la asignación de bancas en el concejo de un sistema de representación proporcional que asegure la participación efectiva de las minorías, con arreglo a lo establecido en el Art. 91 de esta Constitución. c) La adopción de normas de ética pública con ajuste a las pautas establecidas por esta Constitución. d) Un sistema de contralor interno y un organismo de control externo de las cuentas públicas. e) El derecho de consulta, iniciativa, referéndum, plebiscito y *revocatoria de mandato*. f) El procedimiento para su reforma".

En el anexo IV de este trabajo se acompaña la Ley de Participación Popular de Entre Ríos (8 de julio de 2009) en los artículos que reglamentan el derecho de revocatoria.

- Constitución CABA. Mecanismos Democracia semidirecta (1996)

"Art. 63 - La Legislatura, el Poder Ejecutivo o las Comunas pueden convocar a *audiencia pública* para debatir asuntos de interés general de la ciudad o zonal, la que debe realizarse con la presencia inexcusable de los funcionarios competentes. La convocatoria es obligatoria cuando la iniciativa cuente con la firma del medio por ciento del electorado de la Ciudad o zona en cuestión. También es obligatoria antes del tratamiento legislativo de proyectos de normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales, o ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos.

Art. 64 - El electorado de la Ciudad tiene *derecho de iniciativa* para la presentación de proyectos de ley, para lo cual se debe contar con la firma del uno y medio por ciento del padrón electoral. Una vez ingresados a la Legislatura, seguirán el trámite de sanción de las leyes previsto por esta Constitución.

La Legislatura debe sancionarlos o rechazarlos dentro del término de doce meses.

No son objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma de esta Constitución, tratados internacionales, tributos y presupuesto.

Art. 65 - El electorado puede ser consultado mediante *referéndum obligatorio y vinculante* destinado a la sanción, reforma o derogación de una norma de alcance general.

El Poder Legislativo convoca en virtud de ley que no puede ser vetada.

El Jefe de Gobierno debe convocar a referéndum vinculante y obligatorio cuando la Legislatura no hubiera tratado en el plazo establecido un proyecto de

ley por procedimiento de iniciativa popular que cuente con más del quince por ciento de firmas del total de inscriptos en el padrón de la Ciudad.

No pueden ser sometidas a referéndum las materias excluidas del derecho de iniciativa, los tratados interjurisdiccionales y las que requieran mayorías especiales para su aprobación.

Art. 66 - La Legislatura, el Gobernador o la autoridad de la Comuna pueden convocar, dentro de sus ámbitos territoriales, a *consulta popular no vinculante* sobre decisiones de sus respectivas competencias. El sufragio no será obligatorio.

Quedan excluidas las materias que no pueden ser objeto de referéndum, excepto la tributaria.

*Art. 67 - El electorado tiene derecho a requerir la revocación del mandato de los funcionarios electivos fundándose en causas atinentes a su desempeño, impulsando una iniciativa con la firma del veinte por ciento de los inscriptos en el padrón electoral de la Ciudad o de la Comuna correspondiente.*

*El pedido de revocatoria no es admisible para quienes no hayan cumplido un año de mandato, ni para aquellos a los que restaren menos de seis meses para la expiración del mismo.*

*El Tribunal Superior debe comprobar los extremos señalados y convocar a referéndum de revocación dentro de los noventa días de presentada la petición. Es de participación obligatoria y tiene efecto vinculante si los votos favorables a la revocación superan el cincuenta por ciento de los inscriptos*".

Como Anexo IV de este trabajo ver Ley CABA N°357 de Revocatoria de mandato que reglamenta el art. 67 de la CCABA.

La Constitución de Tucumán reformada en el año 2006 habla en el Preámbulo de "democracia participativa y pluralista"; sin embargo no contiene ningún mecanismo de participación ciudadana.

Anexo II. Ley de Formas semidirectas de participación de Chaco. Sanción: 4 de julio de 1996

Ley Nº4.313

Art. 1º. A los efectos de lo dispuesto en el Art. 2º de la Constitución Provincial 1957-1994, entiéndase por:

Iniciativa popular: el derecho que tiene el pueblo de presentar proyectos de ley a la Cámara de Diputados, a los que ésta deberá darle expreso tratamiento en el plazo de (12) doce meses, contados desde que el proyecto tenga estado parlamentario.

Consulta popular: es el derecho que tiene el pueblo de expedirse por sí o por no sobre un proyecto de ley.

*Revocatoria: es el derecho que tiene el pueblo de solicitar la destitución de un funcionario electivo antes del término de su mandato, por las causales previstas para el juicio político.*

Iniciativa popular

Art. 2º. La iniciativa popular tendrá lugar cuando no menos del uno coma cincuenta por ciento (1,50 %) de los ciudadanos del padrón electoral provincial, presenten a la cámara de diputados un proyecto de ley que deberá contener:

A) La firma certificada de los peticionantes, con aclaración de la misma, domicilio y D.N.I. o equivalente, de cada uno. la autenticidad de las firmas deberá acreditarse mediante certificación de escribano público, juez de paz o de autoridad policial;

B) La proposición en forma clara y articulada con expresión de sus fundamentos.

En ningún caso podrán plantearse por esta vía cuestiones atinentes a tributos, presupuesto y reforma de la constitución provincial.

Art. 3º. Recibido el proyecto, éste será ingresado en la primera sesión inmediata y pasará sin más trámite a la comisión respectiva, la que deberá dar despacho antes del plazo establecido por el Art. 20 inciso 1) de la Constitución Provincial 1957-1994.

Art. 4º. Producido el despacho por la comisión respectiva, la cámara se expedirá sobre el mismo sancionando u ordenando el archivo de todas las actuaciones, aplicándose en este último caso lo dispuesto en el párrafo 50 del Art. 117 de la Constitución Provincial 1957-1994.

Consulta popular

Art. 5º. La consulta popular vinculante será convocada por los dos tercios de los miembros de la Cámara de Diputados a efectos de que la ciudadanía, se pronuncie por sí o por no respecto al objeto de la convocatoria.

Art. 6º. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El Poder Ejecutivo deberá dictar el decreto respectivo dentro del término que fije la ley y contendrá el objeto de la consulta.

Art. 7º. Para que la consulta popular se considere válida, se requerirá que los votos emitidos hayan superado el cincuenta por ciento (50 %) de los electores inscritos en los registros cívicos. Para su aprobación será necesario el voto afirmativo de más del cincuenta por ciento (50 %) de los válidamente emitidos. Aprobado el proyecto por el pueblo de la provincia, queda convertido en ley y su promulgación será automática.

Revocatoria

Art. 8º. La revocatoria de mandato tendrá lugar cuando *no menos del diez por ciento (10 %) de los ciudadanos del padrón electoral* provincial soliciten *por las causales de juicio político* la destitución de un funcionario electivo.

Este derecho sólo podra ejercitarse *(6) seis meses después de la asunción del cargo y hasta (6) seis meses antes de la cesación del respectivo mandato*.*

Art. 9º. La solicitud será presentada por escrito y deberá contener:

A) La firma certificada de los peticionantes, con aclaración de la misma, domicilio y DNI o equivalente, de cada uno. La autenticidad de las firmas deberá acreditarse mediante certificación de escribano público, juez de paz o autoridad policial;

B) Nombre y cargo del funcionario al que se quiere destituir.

C) Causal o causales de juicio político por la que se fundamenta la petición.

Art. 10. Recibida formalmente la presentación durante el período ordinario de sesiones, el presidente de la *Cámara de Diputados,* dispondrá su ingreso a la primera sesión del cuerpo, para ser girada a la Comisión de Asuntos Constitucionales.

Si el pedido se produjera durante el receso de la Cámara, el ingreso del mismo al cuerpo se concretará en la primera sesión ordinaria. Cuando la urgencia y el interés público del caso lo justificaren, podrá convocarse la Cámara para el tratamiento del tema de conformidad a lo establecido por el Art. 120 de la Constitución Provincial 1957-1994.

Art. 11. Recibida la revocatoria, por la Comisión de Asuntos Constitucionales, esta verificará si la misma reúne los requisitos de admisibilidad establecidos por los artículos 30 y 90 de la presente ley, debiendo producir despacho dentro del término de diez (10) días corridos, contados desde la fecha de recepción.

Art. 12. El despacho deberá establecer si la solicitud reúne los requisitos de admisibilidad formal. No reuniendo los requisitos, el cuerpo ordenará el archivo de las actuaciones; reuniéndolos, *girará las actuaciones al Poder Ejecutivo, el que deberá someter al veredicto popular,* la confirmación o revocación del mandato del funcionario sujeto a revocatoria.

En caso de que la revocatoria de mandato sea de un diputado, este podrá participar en las sesiones en que se trate el asunto, pero no votar.

Art. 13. La convocatoria al pueblo de la provincia, deberá hacerse dentro del término de diez (10) días contados desde la fecha de recepción por el poder ejecutivo y expresará:

1.- Fecha de elección, la que deberá realizarse dentro de los noventa días (90) corridos de la fecha de recepción de las actuaciones;

2.- Nombre y cargo del funcionario sujeto a revocatoria.

Art. 14. Aprobado por la mayoría absoluta de los electores inscriptos en el padrón provincial el funcionario sujeto a revocatoria, queda automáticamente destituido.

Art. 15. El voto para la consulta popular y revocatoria es obligatorio y el procedimiento a seguir en cuanto a organización y funcionamiento de los comicios, emisión del sufragio, fiscalización, escrutinio y autoridades encargadas de su verificación, será establecido por la ley electoral.

Art. 16. Establécese que a los fines de cumplir con el registro de autenticidad de firmas establecidas por el Art. 20 inc. A) y 90 inc. A), la certificación efectuada ante el juez de paz o autoridad policial, será gratuita.

Art. 17. Regístrese y comuníquese al Poder Ejecutivo.

Anexo III

Ley N°226 (6/6/1995) de Tierra del Fuego, Antártida e Islas Malvinas

Revocatoria de mandatos (B.O. 3/7/1995)

Art. 1 - La presente Ley reglamenta el Art. 209 de la Constitución Provincial.

Art. 2 - A los fines de esta Ley, se entenderá por mandato electivo a toda función o cargo público al cual se accediere mediante un proceso electoral directo de orden provincial, municipal o comunal.

Art. 3 - Será competente para entender en el proceso de revocatoria de mandatos, la Justicia Electoral de la Provincia.

Art. 4 - La petición de revocatoria de mandatos, deberá ser presentada por escrito ante el Juez Electoral de Primera Instancia y de Registro de la Provincia. Dicha petición será suscripta por uno (1) o más apoderados que constituirán domicilio en el radio del Juzgado y deberá contener:

a) Nombre, apellido, documento de identidad, domicilio y firma de por lo menos el *cinco por ciento (5%) de ciudadanos que efectivamente hayan sufragado en el último acto eleccionario* llevado a cabo en la jurisdicción que corresponda, *y que además hayan sufragado en el acto eleccionario en el que resultó electo el funcionario* cuyo mandato se pretende revocar, siempre que no estuvieren inhabilitados o hubieren cambiado su domicilio según el Padrón Electoral actualizado;

b) nombre, apellido y cargo electivo del funcionario al que se pretende iniciar el trámite de revocatoria;

c) fecha de asunción efectiva en el cargo del funcionario cuestionado;

d) causa o causas que motivan la solicitud.

Art. 5 - En el *plazo de diez (10) días corridos,* contados a partir del día siguiente al de la presentación de los ciudadanos ante el Juzgado, estos *deberán ratificar sus firmas acreditando la emisión del sufragio en el acto electoral en el que resultó electo el funcionario cuestionado.*

Art. 6 - La solicitud caducará automáticamente, si en el plazo fijado en el Art. anterior no se cumpliere con la ratificación de las firmas.

Art. 7 - Las solicitudes presentadas *durante la primera mitad del mandato del funcionario cuestionado serán rechazadas sin más trámite*, por extemporáneas.

Art. 8 - El auto de rechazo o de apertura del trámite de revocatoria se notificará por el Juzgado a los apoderados. Solo será apelable la resolución de rechazo, en el término de cinco (5) días, por los apoderados de los ciudadanos.

Art. 9 - Cumplidos los recaudos del Art. 4º el Juzgado Electoral de Primera Instancia y de Registro de la Provincia dictará, sin más trámite, el auto de apertura que contendrá:

a) La constancia de la certificación por autoridad competente de la fecha de asunción del funcionario cuestionado;

b) la constancia del número de adhesiones requeridas para la procedencia del pedido de revocatoria.

Art. 10 - La o las causas por las que se inicia el trámite de revocatoria de mandatos, no podrán ser valoradas en ninguna instancia del proceso por el magistrado interviniente.

Art. 11 - *El Juez Electoral de Primera Instancia y de Registro de la Provincia, citará a quienes deseen adherir al pedido de revocatoria, por edictos* publicados por el término de dos (2) días en el Boletín Oficial de la Provincia, y durante cinco (5) días, por los medios de difusión orales y escritos de la Provincia, haciendo conocer quiénes pueden ser adherentes y el plazo máximo hasta el cual pueden presentarse.

Art. 12 - De conformidad con lo dispuesto en el Art. 209 de la Constitución Provincial, *se requerirá* como mínimo la acreditación de la adhesión del veinte por ciento (20%) del total de los ciudada*nos que efectivamente hayan sufragado en el último acto eleccionario* llevado a cabo en la jurisdicción que corresponda *y que además hayan sufragado en el acto electoral en el que resultó electo el funcionario* cuyo mandato se pretende revocar, siempre que no estuvieren inhabilitados o hubieren cambiado su domicilio según el Padrón Electoral actualizado.

Art. 13 - El *plazo máximo e improrrogable* para lograr el número mínimo de adhesiones prescripto en el Art. precedente, será de *treinta (30) días corridos contados a partir del día siguiente al de la última publicación*, debiendo el Juez interviniente, habilitar días y horas en caso de ser necesario.

Art. 14 - Transcurrido el plazo máximo estipulado en el Art. anterior, sin que se reúna el mínimo de adhesiones a que se refiere esta Ley, las actuaciones pertinentes serán archivadas, *sin que pueda requerirse un nuevo pedido de revocatoria contra el funcionario, por idéntica causa, por el plazo de un (1) año.* El auto que dispusiere el archivo será notificado a los apoderados de los ciudadanos.

Art. 15 - Acreditado el mínimo de adhesiones previsto legalmente, el Juez resolverá sobre el trámite de revocatoria determinando que se ha logrado el porcentaje requerido, debiendo el auto de clausura ser notificado al funcionario cuestionado, a los apoderados de los ciudadanos, al Gobernador, y a la Legislatura Provincial.

Art. 16 - Solo será apelable el auto que dispusiere el archivo en el término de cinco (5) días, por los apoderados de los ciudadanos.

Art. 17 - El cierre del Padrón Electoral se realizará dos (2) meses antes de la fecha del auto de clausura del trámite de revocatoria.

En el término de diez (10) días corridos, contados a partir del día siguiente al del auto de clausura, el Juzgado Electoral de Primera Instancia y de Registro de la Provincia confeccionará los padrones provisorios.

Art. 18 - Los electores que por cualquier causa no figurasen en las nóminas provisionales o estuviesen inscriptos con datos filiatorios erróneos, tendrán derecho a reclamar por un plazo de cinco (5) días corridos, contados a partir del día siguiente al del auto del Juzgado que dispone la distribución de los padrones, para que se subsane el error u omisión.

Art. 19 - En el término de cinco (5) días corridos, contados a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo de impugnación que establece el Art. anterior, el Juzgado Electoral de Primera Instancia y de Registro de la Provincia publicará el Padrón Electoral definitivo.

Art. 20 - Los ciudadanos podrán solicitar, hasta cinco (5) días corridos después de publicado el Padrón Electoral definitivo, que se subsanen los errores u omisiones de impresión del Registro Electoral.

Art. 21 - El Poder Ejecutivo Provincial, convocará al electorado a una *Consulta de Revocatoria*, en el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación del auto de clausura. El acto electoral deberá realizarse en un plazo no menor a treinta (30) días y no mayor a sesenta (60) días, no pudiendo coincidir con elecciones de otro carácter.

Art. 22 - Si el Poder Ejecutivo Provincial no convocare en el plazo previsto en el Art. anterior, lo hará la Legislatura en igual término. Si la Legislatura Provincial no convocare a elecciones lo hará, en igual plazo, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia. A los fines de la tramitación del acto electoral el Poder convocante, remitirá una copia autenticada de la convocatoria a la Junta Electoral en un plazo de tres (3) días corridos.

Art. 23 - La Consulta de Revocatoria, solo podrá ser por revocatoria sí, o por revocatoria no. La emisión del voto será obligatoria y el resultado tendrá carácter vinculante solo cuando logre la mitad más uno del total de votos válidos emitidos.

Art. 24 - En la Consulta de Revocatoria deberán sufragar los ciudadanos que figuren en el último Padrón Electoral de la jurisdicción que corresponda.

Art. 25 - Ejercitado el derecho de revocatoria, con resultado afirmativo el funcionario cuyo mandato ha sido revocado cesará inmediatamente en sus funciones.

Art. 26 - El Poder Ejecutivo Provincial determinará las modificaciones presupuestarias que fueren necesarias para la realización de los actos comiciales sobre revocatoria de mandatos.

Art. 27 - En todo lo no contemplado en la presente Ley, será de aplicación supletoria la Ley Electoral Provincial Nº 201 y sus modificatorias.

Art. 28 - La presente Ley será reglamentada en un plazo no mayor a quince (15) días.

Art. 29 - Comuníquese al Poder Ejecutivo Provincial.

Anexo IV

Ley CABA N° 357 Sanción: 30/03/2000. Promulgación de Hecho del 09/05/2000. Publicación: BOCBA N° 942 del 15/05/2000

Revocatoria de Mandato

Título I

Disposiciones Generales

Art. 1º.- La presente ley regula el derecho del electorado de la Ciudad y de las Comunas, a requerir la revocatoria al mandato de funcionarios y funcionarias electivos de los poderes Legislativo y Ejecutivo y de las comunas, conforme con lo establecido por el Art. 67 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Art. 2º.- A todos los efectos de esta ley, se considera el padrón electoral utilizado en las últimas elecciones de autoridades de la Ciudad o comunales.

Art. 3º.- La revocatoria de mandato debe requerirse para cada funcionaria o funcionario electivo en particular.

Título II

De los requisitos de la petición

Art. 4º.- Son *requisitos para la procedencia* de la petición de revocatoria de mandatos:

*Que hayan transcurrido más de doce (12) meses desde la asunción del cargo de la funcionaria o funcionario y resten cumplirse más de seis (6) meses de la finalización del per*íodo para el que hubiere sido electo/a,

Que reúna al menos la *firma del veinte por ciento (20%) de los electores y electoras* de la Ciudad o Comuna, según corresponda.

Que se funde en *causas atinentes al desempe*ño de sus funciones.

Título III

Procedimiento

Art. 5º.- La petición de revocatoria de mandato debe ser impulsada por uno o más electores o electoras de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la Comuna según corresponda.

Art. 6º.- Con carácter de trámite preparatorio de la petición de revocatoria, los interesados deberán presentarse ante el Tribunal Superior de Justicia a los efectos de:

*Identificar al funcionario o funcionaria* cuya revocación de mandato se impulsa, el cargo que detenta y las fechas de inicio y finalización de su mandato;

*Señalar las causas* por las que se solicita la revocatoria, que deben expresarse inequívocamente;

Consignar la firma, aclaración de firma, domicilio y número de documento de cada uno de los electores y electoras presentantes.

Art. 7º.- Cumplido con lo dispuesto en el Art. anterior y en los incisos a) y c) del Art. 4º, *dentro de los diez (10) días*, el Tribunal Superior de Justicia entrega

las planillas foliadas en las que se deben asentar las firmas de los electores y electoras. Dichas planillas deben incluir los datos previstos en el Anexo I de la presente ley.

Art. 8º.- El Tribunal Superior de Justicia debe llevar un registro de las planillas, en el que se hará constar la fecha de entrega de las mismas, los datos de identidad y el domicilio de los presentantes.

Art. 9º.- Los electores y electoras presentantes deben entregar al Tribunal Superior de Justicia las planillas con el total de las firmas obtenidas, *en un plazo no mayor de doce (12) meses a partir de la fecha de la entrega de las mismas*, consignando, además, la cantidad de firmas obtenidas. En caso de no cumplirse con el porcentaje requerido en los plazos establecidos, el Tribunal Superior de Justicia declarará la caducidad del procedimiento.

Art. 10.- Cuando el total declarado de las firmas obtenidas por los presentantes es *igual o superior al veinte (20%) por ciento del padrón de la ciudad o comuna,* según corresponda, se tendrá por iniciada la petición de revocatoria de mandato.

Art. 11.- El Tribunal con competencia electoral en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a solicitud del Tribunal Superior de Justicia, *debe verificar en el plazo de treinta (30) días, el número total, la legitimidad y validez de las firmas presentadas* y al efecto elevar el informe correspondiente.

Art. 12.- La petición de revocatoria queda desestimada:

Si del informe del Tribunal interviniente con competencia electoral en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires surgiera que las firmas presentadas no alcanzaran el mínimo requerido;

Si se constatara la existencia de irregularidades en el procedimiento de obtención de firmas, o que las obtenidas sean apócrifas en un porcentaje superior al diez por ciento (10%) de las firmas verificadas.

Título IV

Referéndum de revocatoria

Art. 13.- Reunidos los recaudos establecidos en esta ley, el Tribunal Superior de Justicia debe *convocar a referéndum* de revocatoria de mandato que deberá realizarse *dentro de los noventa (90) días*.

Art. 14.- El o los presentantes de la petición de revocatoria de mandato pueden designar fiscales de mesa de la misma forma que pueden hacerlo los partidos políticos.

Art. 15.- Si la opción por la revocatoria del mandato hubiere obtenido el apoyo de más del cincuenta por ciento (50%) de los electores inscriptos en el padrón electoral del distrito correspondiente, el funcionario o funcionaria, luego del escrutinio definitivo, quedará separado de su cargo. En dicho caso, se habilitarán los mecanismos previstos para el reemplazo del funcionario/a removido/a y asumirá su cargo quien legalmente deba suplantarlo/a.

Art. 16.- Si la opción por revocar el mandato no obtuviese el apoyo de más del cincuenta por ciento (50%) de los electores inscriptos en el padrón electoral del distrito correspondiente, debe quedar inhabilitada la presentación de una nueva petición de revocatoria de mandato por las mismas causales referidas a idénticos hechos.

Art. 17.- A los efectos del referéndum establecido en esta Ley, es de aplicación lo dispuesto en la Ley 89 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Anexo V

Ley de Participación Popular de Entre Ríos (8 de julio de 2009)

Título V

Capítulo I

De la Revocatoria de Mandato

Art. 66 - La revocatoria de mandato es el derecho del pueblo de decidir, a través del sufragio, la destitución de un funcionario público electo, con fundamento en las causales de incumplimiento de la plataforma electoral o de los deberes propios de su cargo. Habilitado el procedimiento revocatorio la participación en el comicio es obligatoria y su efecto vinculante.-

Art. 67 - El proceso revocatorio solo será habilitado a pedido de un número de ciudadanos inscriptos en el padrón provincial, departamental o local según donde ejerza sus funciones el funcionario cuestionado, no inferior al veinticinco por ciento (25%) del padrón electoral.-

Art. 68 - A todos los efectos de este título, se considera el último padrón electoral provincial, departamental o local según donde ejerza sus funciones el funcionario cuestionado.-

Capítulo II

De la habilitación del procedimiento

Art. 69 - Son requisitos sustanciales para la habilitación del procedimiento de revocatoria:

a. Que se impulse contra un funcionario electo en ejercicio de sus funciones;

b. Que haya transcurrido un (1) año desde la asunción del cargo por el funcionario cuestionado y que no falten seis (6) meses para la fecha de expiración del mandato;

c. Que no se haya habilitado respecto del mismo funcionario y durante el periodo de duración en el cargo, otro procedimiento tendiente a revocar su mandato siempre que se trate de la misma causa;

d. Que la destitución sea solicitada por un porcentaje de ciudadanos inscriptos en el padrón electoral provincial, departamental o local según donde ejerza sus funciones el funcionario cuestionado, no inferior al veinticinco por ciento (25%) del padrón electoral;

e. Que no se encuentre en trámite otro procedimiento destitutorio del funcionario cuestionado de conformidad a lo previsto en la Constitución Provincial, siempre que se trate de la misma causa.-

Art. 70 - El procedimiento se inicia con la presentación por parte del o los electores impulsores de la revocatoria de mandato de un escrito que contenga:

a. El nombre completo del funcionario cuestionado, el cargo que ocupa y la fecha de inicio y finalización en el mismo –todo debidamente individualizado;

b. Los datos personales –nombre, apellido, domicilio real, tipo y número de documento- y firma de los promotores de la revocatoria, debidamente autenticada por escribano público, juez de paz o autoridad policial.

c. Las causas en que se funda la solicitud de revocatoria debidamente especificadas.-

Art. 71 - La solicitud se presenta ante el Tribunal Electoral de la Provincia, el que dentro del término de diez (10) días verifica el cumplimiento de los requisitos determinados en los artículos 69º con excepción de su inciso d) y 70º de la presente ley.

El incumplimiento de los requisitos sustanciales establecidos en el Art. 69º, determina la caducidad de la solicitud.

Omitido alguno de los requisitos previstos en el Art. 70º el Tribunal Electoral así lo hará saber a los presentantes de la solicitud a fin de que procedan a subsanarlo dentro del plazo de diez (10) días. Vencido el término sin que se subsanen, la solicitud será archivada.

En ningún caso el Tribunal Electoral podrá desestimar la iniciación del procedimiento con fundamento en las causas que motivaron la solicitud.-

Art. 72 - Cumplido los requisitos determinados en los artículos precedentes o subsanadas las omisiones en el plazo señalado, el Tribunal Electoral declara habilitado el procedimiento de recolección de firmas.-

Capítulo III

De la recolección de firmas

Art. 73 - Habilitado el procedimiento de recolección de firmas, el Tribunal Electoral así lo comunicará a los Presentantes de la solicitud, dentro del término de tres (3) días contados desde su declaración, a fin de que se proceda a la recolección del número de firmas requeridas por el Art. 69 inciso d) para declarar habilitado el procedimiento revocatorio, indicándole asimismo:

La fecha en que se procederá a hacer entrega de los formularios con las firmas de los electores, la que no podrá exceder de noventa (90) días contados desde su notificación. Vencido el plazo establecido, sin que los presentantes hagan entrega de los formularios con las firmas al Tribunal Electoral, el procedimiento caduca;

El departamento o localidad en que se procederá a recolectar firmas, en el caso que la revocatoria sea impulsada contra un funcionario que ejerce sus funciones en el departamento o localidad respectiva.-

Art. 74 - Las Firmas serán recolectadas en formularios debidamente foliados por el Tribunal Electoral, en el que se deberán incluir nombre y apellido, tipo y

número de documento de identidad, domicilio electoral, fecha y firma y en el que obligatoriamente se reproducirá, como encabezamiento, nombre del funcionario cuya revocatoria se impulsa, cargo que detenta, fecha de inicio y finalización del mandato y causa de la revocatoria. Las firmas se podrán recoger también mediante el mecanismo de la firma digital, de conformidad a lo previsto en el Art. 12º in fine.

Art. 75 - Las firmas deberán estar autenticadas mediante certificación de escribano público, juez de paz o autoridad policial.-

Art. 76 - El Tribunal Electoral llevará un registro de los formularios, en el que se asentará la fecha de foliación de los mismos, datos de identidad y domicilio de los presentantes.-

Capítulo IV

De la verificación

Art. 77 - Al día siguiente de que venza el plazo señalado en el Art. 73 inciso a) de esta ley, los presentantes deberán entregar al Tribunal Electoral los formularios foliados

con el total de firmas obtenidas. El Tribunal Electoral procederá a verificar, en el término de treinta (30) días el número de firmas obtenidas, su legitimación y validez.-

Art. 78- El Tribunal Electoral desestimara la solicitud de revocatoria:

Si verifica que las firmas presentadas no alcanzan el mínimo requerido;

Si se constatara la existencia de irregularidades en el procedimiento de obtención de firmas, o que las obtenidas sean apócrifas en un porcentaje superior al cinco por ciento (5%) de las firmas verificadas.

Cuando no obstante las firmas apócrifas no alcancen el 5% referido en el inciso b), su falta de verificación determine que el total de firmas quede por debajo del mínimo exigido.-

Art. 79 - Reunido el porcentaje de firmas requerido, el Tribunal Electoral convocará al pueblo de la provincia a comicios los que deberán tener lugar dentro del plazo de noventa (90) días.

Capítulo V

Del referéndum revocatorio

Art. 80 - Si en la compulsa electoral respectiva el voto a favor de la continuidad del funcionario fuese inferior al ochenta por ciento (80%) de los que obtuvo para acceder a su cargo quedará automáticamente destituido, salvo que se trate de funcionarios municipales respecto de quienes se requiere el sesenta por ciento (60%). En dicho supuesto se habilitarán los mecanismos previstos para el reemplazo del funcionario removido y asumirá su cargo quien legalmente deba suplantarlo. Caso contrario, será confirmado en su cargo quedando inhabilitada la presentación de una nueva petición de revocatoria de mandato.

Art. 81 - El voto para la revocatoria es obligatorio y el procedimiento a seguir en cuanto a organización y funcionamiento de los comicios, emisión del sufragio, fiscalización, escrutinio y autoridades encargadas de su verificación se rige por las disposiciones de la ley electoral.

Art. 82 - Invítese a los Municipios a instrumentar formas de participación popular que estén en consonancia con el establecido en la presente ley."

# Segunda parte
# Principios de derechos humanos

# Capítulo XII
# Derechos humanos. Concepto y características

*Virginia Giménez*

## 1. Introducción. Desarrollo histórico

Iniciaremos este capítulo brindando una advertencia. No existe una única respuesta a la pregunta ¿Qué son los derechos humanos? Tampoco es posible hacer una enumeración exhaustiva de los mismos que permita afirmar que tal o cual conjunto de derechos son derechos humanos y no lo son los restantes. Es importante que tengamos esto en cuenta, ya que seguramente encontraremos una gran diversidad de "conceptos de derechos humanos" y no necesariamente todos ellos sean intercambiables.

A efectos de allanar el camino hacia una definición que nos satisfaga, comenzaremos por relatar el devenir histórico de estos derechos que hoy llamamos "derechos humanos".

Afirma Pedro Nikken[1] que los derechos humanos resultan de los sufrimientos que son capaces de infligirse unos a otros los seres humanos, prevalidos del poder y de la fuerza y surgen por lo tanto como una ideología opuesta a la opresión. Afirma el autor que lo que hoy se conoce como derechos humanos está referido al reconocimiento de que toda persona humana, por el hecho de serlo, es portadora de atributos autónomos que deben ser reconocidos y protegidos por el Estado.

Si bien la idea de que existen derechos inherentes a las personas, que no pueden ser avasallados por el poder existe desde antiguo (baste recordar aquí el drama de Antígona, en la obra de Sófocles) las primeras manifestaciones de esta ideología contraria a la opresión que nos traerá luego la teoría de los derechos humanos como la conocemos hoy podemos encontrarlas en las Declaraciones de Derechos que marcan el comienzo de los movimientos constitucionalistas en el mundo.

Recordando el capítulo referido al desarrollo del Constitucionalismo, podremos rápidamente concluir que las primeras declaraciones de derechos que establecen la existencia de ciertos derechos que son inherentes a las personas, y

1. Pedro Nikken, *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*, San José, Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, 2008.

por tanto no pueden ser avasallados por el Estado, se corresponden con el proceso independentista de los Estados Unidos y la Revolución Francesa.

El Bill of Rights del Estado de Virginia de 12 de junio de 1776 declara que "todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden por ningún pacto privar o desposeer a su posteridad, a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios para adquirir y poseer la propiedad, y buscar y conseguir la felicidad y la seguridad".

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos, del 4 de julio de 1776 afirma que "tenemos por evidentes en sí mismas estas verdades: que todos los hombres son creados iguales, que han sido dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para asegurar esos derechos, se instituyen entre los hombres Gobiernos los cuales derivan sus legítimos poderes del consentimiento de los gobernados…".

Por último, la Revolución Francesa, que el 26 de agosto de 1789 promulgó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual reconoce y declara "que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos y que las distinciones sociales no pueden estar fundadas sino en la utilidad común" (artículo 1); y que "la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos inalienables e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión" (artículo 2).

Esta primera fase de la historia de los derechos humanos presenta una característica sumamente relevante: su positivización, o juridización. Como explica Nikken, de ahora en más, las agresiones a los atributos de la dignidad humana formalmente reconocidos como derechos humanos, y que puedan atribuirse al poder público, dejan de ser una mera infracción moral, un abuso político o un pecado, para configurar un hecho jurídicamente ilícito que compromete la responsabilidad del Estado y no tan solo de quien las ejecuta directamente.[2]

Posteriormente a estas consagraciones de derechos propias del constitucionalismo clásico, surgen nuevos movimientos que derivan en la consagración de derechos económicos, sociales y culturales, con el advenimiento del constitucionalismo social, que establece derechos referidos a las condiciones de vida. Como ya vimos, la Constitución mexicana de 1917, la Constitución alemana de 1919, la Constitución española de 1931, fueron algunas de las que consagraron estos derechos.

Para Nikken, "el largo tránsito de los derechos humanos hacia el orden jurídico formal, muestra cómo la irrupción de los derechos humanos en el

2. *Ibidem*.

derecho interno se vinculó siempre con grandes convulsiones históricas, con revoluciones entre cuyo propósito estuvo vencer la opresión del antiguo régimen. Sobre esa victoria contra las formas opresivas del pasado, se construyeron los derechos humanos".[3]

Hasta aquí, una primera etapa, en la que estos derechos, inherentes a la persona humana, se encuentran consagrados en el derecho interno de los Estados, y, en caso de violaciones masivas de ellos, o falta de reconocimiento, poco o nada es lo que puede hacerse, ya que si el último responsable de su cumplimiento –el Estado– es a su vez su primer violador, no existen mecanismo de control externo que permitan intervención alguna.

El principal obstáculo para la concreción de algún sistema externo (internacional) de control de cumplimiento de este conjunto de derechos radica en uno de los elementos o capacidades básicas del Estado, la soberanía. Si afirmamos que en el territorio de un estado no existe otra autoridad superior, la resistencia a la injerencia de controles internacionales en materia de cumplimientos de derechos inherentes a las personas surge como una consecuencia lógica. Ni hablar respecto de los obstáculos políticos.

Entonces, subsiste el problema. Si estos derechos son de todas las personas, les pertenecen por el hecho de serlo y el estado debe reconocerlos, ¿qué posibilidades tienen quienes habitan un estado que no reconoce, o incluso viola, esos derechos? Pocas, siendo la principal, quizás, abandonar el estado.

El impulso para avanzar en un sistema de control internacional de cumplimiento de este conjunto de derechos se obtuvo, finalmente, a la vista del horror del nazismo y el stalinismo. Las consecuencias de ambos regímenes pusieron en evidencia el nivel de violaciones de los que son capaces los estados, mediante la utilización de su estructura, y la imperiosa necesidad de proveer a sus habitantes herramientas de defensa.

La fecha clave en la que podemos afirmar que asistimos a la internacionalización de los derechos humanos es 1945, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial y creada la Organización de las Naciones Unidas.

El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas reafirmó "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres".

El artículo 56 de la misma Carta dispone que "todos los miembros se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55", entre los cuales está "el respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos".

3. *Ibidem*.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Poco antes, en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, la Organización de los Estados Americanos había aprobado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Esas declaraciones, como todos los instrumentos de su género, son instrumentos por medio de los cuales quienes los emiten proclaman su apoyo a principios de gran valor, juzgados como perdurables. Pero no debemos olvidar que las Declaraciones no son instrumentos internacionales vinculantes; se trata de expresiones de propósitos, no de asunción de obligaciones.

Una vez proclamada la Declaración Universal, las Naciones Unidas se propusieron elaborar un tratado o pacto, como paso esencial para la garantía internacional de los derechos humanos. Esa garantía debía plasmarse en el Derecho internacional mediante la adopción y puesta en vigor de tratados a través de los cuales las partes se obligaran a respetar los derechos en ellos proclamados y que establecieran, al mismo tiempo, medios internacionales para su tutela. La ruta hacia el establecimiento de sistemas internacionales convencionales de derechos humanos ha venido transitándose, si bien de manera desigual, tanto en la esfera de las Naciones Unidas, como en los sistemas regionales europeo, americano y africano.

En el caso de las convenciones se han reconocido derechos, se han pactado obligaciones y se han establecido medios de protección que, en su conjunto, han transformado en más de un aspecto el derecho internacional y le han dado nuevas dimensiones como disciplina jurídica. Además de los mecanismos orientados a establecer sistemas generales de protección, han aparecido otros destinados a proteger ciertas categorías de personas vulnerables –mujeres, niños, trabajadores, refugiados, discapacitados– o ciertas ofensas singularmente graves contra los derechos humanos, como el genocidio, la discriminación racial, el apartheid, la tortura o la trata de personas. También se ha gestado la protección de los llamados derechos colectivos de la humanidad entera, como el derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la paz. También se ha multiplicado el número –más de cuarenta– y la actividad de las instituciones y mecanismos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos.

Como consecuencia de toda esta actividad diplomática, política y jurídica, y de la permanente presencia en el debate de la sociedad civil, a través de numerosas ONG y de la opinión pública internacional, tanto en el ámbito universal como en el regional, se ha construido una de las notas más relevantes de los derechos humanos en el mundo contemporáneo, como lo es su internacionalización. La violación de los derechos humanos ya no es solo jurídicamente ilícita en el campo nacional, sino que puede llegar a comprometer la responsabilidad internacional del Estado frente a las víctimas de esas violaciones.

Todo este proceso ha tenido como fundamento conceptual que los derechos humanos se alzan más allá de las soberanías nacionales y no son una concesión graciosa de los Estados, porque ellos son inherentes a la persona humana.

Ahora bien, como vemos, los derechos humanos como tales se encuentran en constante evolución, no solo respecto de su protección internacional, sino también respecto de su contenido. Esta característica hace aún más difícil brindar un concepto que englobe a todos los derechos que hoy identificamos como derechos humanos. Quizás tengamos más suerte si intentados enumerar las características que estos derechos tienen en común.

## 2. Características de los Derechos Humanos

### *A. Los Derechos Humanos son innatos o inherentes. Fundamentos*

Se afirma que todas las personas nacemos con derechos que nos pertenecen por nuestra condición de seres humanos. Su origen no es el Estado o las leyes, decretos o títulos, sino la propia naturaleza o dignidad de la persona humana. La inherencia de los derechos humanos a la persona humana, pues, es concepto indiscutido en su formulación. Se trata de una verdad que se tiene por evidente en sí misma; pero a la hora de interrogarse sobre su fundamento aparecen divergencias y contradicciones notables.

Así, el concepto de inherencia puede aparecer como un signo de prevalencia de las escuelas iusnaturalistas. Los derechos humanos se presentarían como la consecuencia normal de que el orden jurídico tenga su arraigo esencial en la naturaleza humana. Las bases de justicia natural que emergen de dicha naturaleza deben ser expresadas en el derecho positivo, al cual, por lo mismo, está vedado contradecir los imperativos del derecho natural. Sin embargo, aun en esta tendencia del pensamiento jurídico, derechos naturales y derechos humanos no guardan necesariamente una correspondencia simétrica entre sí, puesto que el concepto de "derechos humanos" es más amplio que el de "derechos naturales".

En la vertiente opuesta se encuentran las tendencias positivistas según las cuales la certeza de los derechos humanos depende de su consagración legislativa, que llega incluso a la crítica de las declaraciones de derechos por la ambigüedad de sus términos y por expresar a menudo más deseos que realidades tangibles.[4]

4. *Ibidem.*

También puede verse en los derechos humanos una mera conquista histórica, fruto de grandes luchas sociales de la humanidad, sin raíces individuales ni teológicas.

Se trata, en definitiva, de un concepto admitido cuyo fundamento es controversial. Sin embargo, no podría decirse que cuando personas de diferente pensamiento o ideología emplean el término "derechos humanos" lo hacen aludiendo a un concepto distinto únicamente porque difieren en su fundamentación. Una de las características de los derechos humanos es el acuerdo universal sobre su supremacía, con abstracción de su fundamento.

Esto se pone de manifiesto con toda elocuencia en un relato de Jacques Maritain, según el cual

> en una discusión de una comisión nacional de la UNESCO, en que se discutía acerca de los derechos del hombre, alguien se admiraba de que se mostraran de acuerdo sobre la formulación de una lista de derechos, tales y tales paladines de ideologías frenéticamente contrarias. En efecto, dijeron ellos, estamos de acuerdo tocante a estos derechos, pero con la condición de que no se nos pregunte el porqué.

El fundamento último del reconocimiento de los derechos humanos como atributos inherentes al ser humano puede construirse tanto desde el iusnaturalismo como desde el positivismo, pasando por todas las teorías del derecho posibles.

Pero, cualquiera sea su basamento filosófico, el hecho histórico relevante ha sido el reconocimiento de la primacía los derechos humanos, inherentes a la persona, como límites infranqueables al ejercicio del poder público; y que ese reconocimiento haya quedado plasmado en instrumentos legales de protección en el ámbito doméstico y en el internacional. La proclamación formal de los derechos humanos fue de gran relevancia en su origen y aún es un factor importante. No obstante, su reconocimiento expreso por textos legislativos nacionales o internacionales no es decisivo. Por su naturaleza y por su origen, los derechos humanos se afirman frente a la opresión y a menudo la opresión se origina en la ley injusta, situación en la cual la vigencia de los derechos humanos se obtiene no desde la ley, sino contra ella.

### *B. Los derechos humanos son universales*

El rasgo de universalidad significa que los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos. Esto se opone a la idea de que los derechos corresponden a los/as habitantes de un espacio territorial determinado. Se afirma que todas las personas: independientemente de su condición u origen tenemos derechos. Por eso no importan la raza, el sexo, la tendencia política, la orientación sexual, la

cultura o la religión que tengamos; tampoco importa la nacionalidad o el lugar en que se viva. Cada persona tiene la misma dignidad y ninguna persona puede estar excluida o discriminada del disfrute de sus derechos.

Esta característica de universalidad no es carente de controversias. Como puede rápidamente observarse, el desarrollo histórico de los derechos humanos se encuentra íntimamente emparentado con el desarrollo histórico de los Estados de Derecho occidentales, con un plexo normativo que refleja valores morales, culturales y religiosos de solo una parte del mundo y no tiene en cuenta las particularidades históricas y culturales de otros Estados.

Esta problemática fue uno de los temas más discutidos en la Conferencia Mundial de Viena de 1993 sobre Derechos Humanos, ya que para entonces se habían producido muchos cambios en la comunidad internacional desde 1948: a) El proceso de descolonización iniciado en 1960 (a partir de la Resolución 1514 [XV] de la Asamblea General de Naciones Unidas) en los países de Asia y África, como producto del cual nacieron a la vida internacional decenas de nuevos estados. b) El surgimiento del conflicto Norte-Sur entre países desarrollados y subdesarrollados con motivo de la deuda externa. c) La caída del comunismo a principios de la década del 90. Dichos cambios motivaron que numerosos pensadores y filósofos se opusieran a la idea de universalidad de los derechos y propusieran la modificación de las normas internacionales para que reflejen los distintos valores religiosos, históricos y culturales. En ese sentido la declaración de las organizaciones no gubernamentales de Bangkok, previa a la reunión de Viena, formuló un interesante aporte en aras de la compatibilización del principio de universalidad con las particularidades regionales al expresar: "Podemos aprender de las distintas culturas en una perspectiva pluralista y extraer lecciones del contenido de humanidad de esas culturas para consolidar el respeto de los derechos humanos […] Aunque propugnando el pluralismo cultural no deben tolerarse aquellas prácticas culturales que abrogan los derechos humanos universalmente aceptados...". Finalmente, el resultado transaccional al que se arribó en la Declaración y Programa de Acción de Viena fue el siguiente:

> Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes […] la comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global […] Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales así como de los diversos patrimonios históricos culturales y religiosos, pero los estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos […].[5]

5. Pablo Manili, "La difícil tarea de elaborar un concepto de derechos humanos", en *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, Año 1, Nº1, Primavera de 1999.

*C. Los derechos humanos son inalienables e intransferibles*

Los derechos humanos, en tanto inherentes a la persona humana por su condición de tal, no pueden transferirse ni renunciarse. Aun cuando pueda transferirse el objeto material sobre el que recae el derecho (vg. la cosa sobre la que se ejerce el derecho de propiedad) el derecho en sí no se transfiere. Por ello es que no puede siquiera concebirse la idea un ser humano sin derechos, y ello es independiente de la circunstancia de que determinado derecho en la práctica no se ejerza por razones voluntarias o impuestas: aun así el derecho sigue existiendo en cabeza de ese ser.

*D. Los derechos humanos son imprescriptibles o irreversibles*

Se afirma que los derechos humanos son imprescriptibles, dado que no se pierden con el transcurso del tiempo, ni con el desuso, sea que el sujeto no lo ejerza por propia voluntad o por verse impedido de hacerlo. Por su parte, la irreversibilidad se refiere a un principio que rige los derechos humanos: su progresividad. Este principio se traduce en la prohibición general a los Estados de desmejorar los logros que en materia de derechos humanos han sido producto de la evolución progresiva de los mismos. El Estado tiene la obligación de aplicar las normas más favorables a los derechos humanos, y de no retroceder desconociendo los progresos consagrados en las normas nacionales e internacionales.

*E. Oponibles erga omnes*

Al no depender de concesión alguna ni de pacto alguno que los otorgue, los derechos humanos pueden hacerse valer frente a cualquier otro sujeto de derecho, sean personas físicas o jurídicas particulares, personas de derecho público estatales y no estatales, funcionarios/as, etc. Es decir que por un lado, los individuos pueden hacer valer sus derechos ante cualquiera y, por el otro, cualquiera puede hacer valer los derechos humanos frente a los Estados. A ese fenómeno lo llamamos "oponibilidad erga omnes bifronte", por cuanto el mismo principio puede ser observado de ambos lados: desde el punto de vista del individuo, hablamos de oponibilidad erga omnes y desde el punto de vista del estado, hablamos de exigibilidad erga omnes.

### *F. Los derechos humanos son indivisibles, interdependientes, complementarios y no jerarquizables*

Los derechos humanos están relacionados entre sí. Es decir, no podemos hacer ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros. La negación de algún derecho en particular significa poner en peligro el conjunto de la dignidad de la persona, por lo que el disfrute de algún derecho no puede hacerse a costa de los demás. Es así, como, por ejemplo, no podemos disfrutar plenamente de nuestro derecho a la educación si no estamos bien alimentados/as o si carecemos de una vivienda adecuada, ni podemos ejercer nuestro derecho a la participación política si se nos niega el derecho a manifestar o a estar bien informados/as.

La controversia alrededor de esta característica se origina por el hecho de que, comúnmente, los Estados pretenden ampararse en una supuesta "jerarquía" o "divisibilidad de los Derechos Humanos" para justificar que garantizan algunos derechos y no otros. Para así hacerlo, suelen valerse de una clasificación teórica de los derechos humanos que distingue entre:

- Derechos humanos de primera generación: se señala que los derechos civiles y políticos, por ser los primeros en ser reconocidos en el devenir histórico, son una primera generación de derechos. Se suele sostener que la garantía de estos derechos exige que el Estado se abstenga de hacer algo, en el caso, de interferir en el goce y ejercicio de estos derechos.
- Derechos humanos de segunda generación: se identifica dentro de esta categoría a los derechos económicos, sociales y culturales. Se suele sostener que en este caso el Estado tiene un deber de hacer algo, debe actuar para la garantía de los derechos en cuestión.
- Derechos humanos de tercera generación: tienen su origen en este siglo, en las luchas de los pueblos contra el colonialismo y por la plena independencia e igualdad de todas las naciones del mundo. Aquí están incluidos el derecho a la autodeterminación (a escoger la forma de gobierno por elecciones y organización social), el desarrollo, la paz y la protección del ambiente. Son derechos que aún hoy se encuentran en desarrollo, ubicándolos en una tercera etapa de desarrollo de la noción de derechos humanos.

Al respecto, explican Abramovich y Courtis[6] que no es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos económicos, sociales

6. Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº4, 2001.

y culturales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador. Aunque se acepte la privilegiada jerarquía normativa de los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos económicos, sociales y culturales son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, como es el caso de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos. De acuerdo a esta visión, estos últimos son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, siendo exigibles judicialmente.

Los argumentos esgrimidos por los objetores de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales parten de diferenciar la naturaleza de estos derechos, con la de los derechos civiles y políticos. Uno de los argumentos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales radica en el supuesto carácter de obligaciones negativas del primer género de derechos, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deben solventarse con recursos del erario público. De acuerdo a esta posición, las obligaciones negativas se agotarían en un no hacer por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia ni los papeles privados, no interferir con la propiedad privada, etc. Por el contrario, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. En el primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado, prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que se los denomina “derechos-prestación”. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural.

Tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas.

A su vez, la interdependencia de los derechos humanos supone que no puede incumplirse uno sin afectar los restantes. Por ejemplo, el derecho a la vida no se garantiza solo con un estado que se abstiene de quitar la vida a sus ciudadanos,

sino que supone también la existencia de prestaciones de salud al alcance de todas las personas. A su vez, el acceso a la educación no dependerá solo de que el estado se abstenga de obstaculizar mi concurrencia a una institución educativa, sino que tendrá también relación con que mis condiciones de vida me permitan estudiar, ya sea a través de una buena alimentación, capacidad económica para adquirir el material de estudio, etc.

*G. El titular de los Derechos Humanos es la persona y el responsable de garantizar que se respeten esos derechos es el Estado*

Los derechos humanos pertenecen a la persona, y, en ocasiones, a los pueblos (como es el caso de la Carta Africana de Derechos Humanos) pero el Estado es el único obligado internacionalmente a su cumplimiento. Así, los Estados asumen internacionalmente distintas obligaciones:

- La obligación de respetar: exige que los Estados se abstengan de injerir directa o indirectamente en el disfrute de los derechos.
- La obligación de proteger: requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros/as interfieran en la aplicación y goce de los derechos humanos.
- La obligación de cumplir o garantizar: requiere que los estados adopten medidas para la efectividad de los derechos.

## 3. Concepto de Derechos Humanos

Nos encontramos ahora un poco mejor posicionados para brindar una definición de Derechos Humanos, aun cuando varias sean posibles. Podemos afirmar, por ejemplo que los Derechos Humanos son un "... conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional".[7]

También podemos afirmar:

> La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para

7. Antonio Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 46.

ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial. La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos.[8]

## Bibliografía

AAVV: *¿Qué es esto de los Derechos Humanos? Apuntes para una reflexión crítica: historias, documentos, conceptos y actividades.* Buenos Aires, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 2012.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*.

Barboza, Julio: *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, Zavalía Editor, 2008.

Beitz, Charles: *La idea de los derechos humanos*. Ed. Marcial Pons, 2012.

Berraondo López, Mikel: *Mecanismos de protección internacional de los Derechos Humanos*, 2004.

Carta de las Naciones Unidas.

Gómez Isa, Felipe (dir.); Pureza, José Manuel: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.

Laporta, Francisco: "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Revista Doxa* 4, 1987.

Nikken, Pedro: "Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza", en *Revista IIDH*. Vol. 48, 2008.

Papacchini, Angelo: *Filosofía y Derechos Humanos*. Universidad del Valle, 2012.

Programa Venezolano de Educación: *Acción en Derechos Humanos: Conceptos y características de los derechos humanos*, Caracas, Provea, 2008.

8. Pedro Nikken, *op. cit*.

Spector, Horacio: "La filosofía de los Derechos Humanos", en *Revista Isonomía*, Octubre de 2001.
Vega, Juan Carlos (dir.); Sommer, Christian (coord.): *Derechos humanos, legalidad y jurisdicción supranacional*. Córdoba, Editorial Mediterránea, 2007.
Villán Durán, Carlos: *La protección de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas*.

*Sitios web consultados*

Comisión interamericana de Derechos Humanos: http://www.cidh.org/
Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/
Organización de las Naciones Unidas http://www.un.org

# Capítulo XIII
# El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

*Virginia Giménez*

## 1. Breve introducción al derecho internacional público

Como hemos explicitado en el capítulo anterior, el mayor desarrollo alcanzado por lo que hoy conocemos como Derechos Humanos se da a partir de la Segunda Guerra Mundial, en respuesta a los horrores cometidos por el Tercer Reich. A su vez, este amplio desarrollo se ha dado, no ya al interior de los Estados, sino en el plano internacional, acompañándolo a consecuencia del exponencial desarrollo del derecho internacional. Esta íntima relación entre uno y otro hace necesario que contemos con algunos conocimientos básicos de Derecho Internacional Público (DIP).

Una de las definiciones más extendidas es aquella que conceptualiza al Derecho Internacional Público como el conjunto de normas jurídicas que reglan las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional.[1]

Explica Barboza que las diferencias con el derecho interno radican en el elemento comunidad internacional, en tanto el derecho interno son las reglas que establecen las relaciones entre los sujetos de una comunidad nacional. Otro elemento distintivo radica en los procedimientos de creación de normas, toda vez que en el derecho interno la creación de normas se encuentra centralizada en ciertos órganos creados a tal efecto, mientras que en el derecho internacional la creación de normas recae sobre una multiplicidad de sujetos.

Así, los sujetos más importantes del Derecho Internacional Público son los estados soberanos, porque solo ellos tienen capacidad plena en este ámbito y crean el derecho internacional. Veremos luego que otros sujetos del DIP son las organizaciones internacionales y en algunos casos los individuos.

1. Guillermo Moncayo, Raúl Vinuesa, Hortensia Gutiérrez Posse, *Derecho Internacional Público*, Tomo I.

## 2. Las fuentes del derecho internacional

Dentro de nuestra pequeña introducción, se hace necesario que conozcamos cuáles son las fuentes de las que emana este Derecho Internacional Público, ya que, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos también ha de emanar de estas mismas fuentes.

La enumeración de las fuentes del DIP la podemos encontrar en el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), órgano permanente de las Naciones Unidas cuyas funciones veremos más adelante. Según este Estatuto:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
   a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.
   b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.
   c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
   d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

Por el momento, y dado que no pretendemos en esta instancia hacer un análisis exhaustivo de las fuentes del DIP, será suficiente con que sepamos que la naturaleza de estas fuentes es equivalente o asimilable a la que hemos atribuido a las fuentes del derecho interno, Ley, Costumbre, Principios Generales del Derecho, jurisprudencia y doctrina.

## 3. Los sujetos del Derecho internacional. Las organizaciones internacionales

Las organizaciones internacionales se encuentran en un plano secundario con respecto a los Estados, que ocupan en la comunidad internacional un lugar preponderante. Podemos llamar organización internacional a toda asociación de Estados que adopte una estructura orgánica permanente.

Estas organizaciones reúnen ciertas características:

- Están compuestas esencialmente por Estados. Algunas organizaciones pueden estar compuestas, a su vez, por otras, pero siempre, en esencia, la integración principal será la de los Estados.

- Son creadas por un tratado.
- Poseen una estructura orgánica permanente
- Poseen personalidad jurídica propia.
- Carecen de soberanía.

A su vez, las organizaciones internacionales pueden clasificarse:

- Según sus fines: La organización puede tener fines generales o específicos. En el primer caso, las organizaciones actúan sin limitación expresa de las materias de su incumbencia. Un ejemplo de esto es la Organización de Naciones Unidas (ONU). En el segundo caso, que es el más común, actúan en ámbitos bien definidos. Un ejemplo podría ser la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que limita su incumbencia temática.
- Por su composición: en este caso, se clasifican como de vocación universal, abiertas a la participación potencial de todos los Estados (nuevamente, la ONU es un ejemplo) y regionales (como la Organización Estados Americanos, que solo pueden integrar los Estados de dicho continente).

A lo largo de estos capítulos nos detendremos en dos organizaciones que tienen un particular rol en el respeto y garantía de los derechos humanos: las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos. Pero es necesario señalar que existe una gran cantidad de organizaciones internacionales y regionales abocadas a la cooperación de los Estados en infinita diversidad de temáticas.

## 4. La Organización de Naciones Unidas. Antecedentes. La Sociedad de las Naciones

Como ya señalamos, si debiéramos poner una fecha a la internacionalización de los derechos humanos es 1945, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial y creada la Organización de las Naciones Unidas. Sin embargo, en el período entreguerras, de la mano principalmente de la Sociedad de las Naciones, asistimos al surgimiento de un amplio movimiento en favor del reconocimiento internacional de los derechos humanos, movimiento que, como veremos, va a congregar a académicos, a la opinión pública y organizaciones civiles, para, finalmente, captar la atención de los políticos una vez comenzada la lucha contra el fascismo a partir de 1939.

Debemos recordar que el Derecho Internacional clásico, es decir, el Derecho Internacional anterior a 1945, se concebía como aquel ordenamiento jurídico que regulaba exclusivamente las relaciones entre los Estados; solo los Estados eran

sujetos de Derecho Internacional y, por lo tanto, solo ellos eran susceptibles de ser titulares de derechos y obligaciones en la esfera internacional.

Tras la Primera Guerra Mundial y la creación de la primera organización internacional de carácter general, la Sociedad de las Naciones, la definición de los sujetos de Derecho Internacional comenzó a sufrir una tímida apertura, con el reconocimiento de una cierta personalidad jurídica a las organizaciones internacionales. Así, en 1919, el Tratado de Paz de Versalles incorporó a su articulado el Pacto de la Sociedad de las Naciones, que, es importante señalarlo para comprender el posterior fracaso de la organización, no contó con la participación de los Estados Unidos.

Según el preámbulo del pacto, la Sociedad de las Naciones buscaba desarrollar la cooperación internacional y garantizar la paz y la seguridad. Si bien en el Pacto de la Sociedad de las Naciones no menciona ni una sola vez de manera explícita los "derechos humanos", existen varias disposiciones que, de una u otra forma, sirvieron de fundamento para la relevante labor que esa organización llevó a cabo en el campo de los derechos humanos.

En primer lugar, el artículo 22, cuando establece el sistema de los *mandatos* "para las colonias y territorios que, a consecuencia de la guerra hayan dejado de estar bajo la soberanía de los Estados que los gobernaban anteriormente", dispone la prohibición en esos territorios de "abusos tales como la trata de esclavos" o el establecimiento de condiciones que "garanticen la libertad de conciencia y de religión". Asimismo, el artículo 23 del Pacto señala que los Miembros de la Sociedad de las Naciones:

> a) se esforzarán en asegurar y mantener condiciones de trabajo equitativas y humanitarias para el hombre, la mujer y el niño […], y, para este fin, fundarán y mantendrán las necesarias organizaciones internacionales. b) Se comprometerán a asegurar un trato equitativo de las poblaciones indígenas en los territorios sometidos a su administración. c) Confiarán a la Sociedad la inspección general de la ejecución de los acuerdos relativos a la trata de mujeres y de niños […] f) Se esforzarán por adoptar medidas de orden internacional para evitar y combatir las enfermedades.

Consecuencia directa de este artículo fue la creación, en el marco de la Sociedad de las Naciones, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que ha desempeñado, y sigue desempeñando hoy en día, una labor sin precedentes en el ámbito de los derechos laborales, la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo, la explotación laboral infantil, la protección de los pueblos indígenas. Nótese, por tanto, que la actual Organización Internacional del Trabajo antecede a la propia Organización de las Naciones Unidas.

La Sociedad contaba con tres órganos principales. La Asamblea, el Consejo y la Secretaría Permanente.

- La Asamblea se componía de todos los Estados miembros. Cada Estado tenía derecho a un voto. Se encargaba de proponer y votar resoluciones y recomendaciones.
- El Consejo: compuesto por miembros permanentes y no permanentes. Los permanentes se correspondían con las principales potencias aliadas del momento (Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón). Tenía entre sus facultades nombrar al secretario general.
- El Secretariado: organismo permanente que se encargaba de preparar las sesiones de la Asamblea y del Consejo, así como la elaboración de informes y documentos.

La ausencia de una potencia como Estados Unidos, y los reiterados fracasos que culminaron con el estallido de la Segunda Guerra Mundial, llevaron a la disolución de la Sociedad, aunque su huella y la experiencia obtenida desde su organización allanaron el camino para el establecimiento de una organización más sólida y permanente: la Organización de las Naciones Unidas.

## 5. La Carta de las Naciones Unidas. Propósitos y Principios de la Organización. Órganos permanentes. Funciones

La tragedia que se vivió en la Segunda Guerra Mundial en relación con los derechos humanos sirvió como catalizador de todas estas fuerzas que estaban clamando por su reconocimiento en la esfera internacional. Todo ello hizo que los derechos humanos estuviesen muy presentes en la Conferencia de San Francisco, reunión de representantes de diversos Estados en que se redactó y suscribió la Carta de las Naciones Unidas, instrumento internacional de creación de la organización.

La Conferencia de San Francisco va a desempeñar un rol fundamental para la inclusión de los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas. Se suele señalar que en la elaboración de la Carta en San Francisco "había un gran interés, particularmente entre las pequeñas y medianas potencias y entre las organizaciones privadas que tenían status consultivo en la delegación norteamericana, en ampliar y reforzar el rol de la Organización en las cuestiones económicas y sociales, incluyendo el campo de los derechos humanos".

En este objetivo, desempeñaron un papel de una enorme trascendencia varias delegaciones latinoamericanas, lo que ha llegado a ser calificado como "el activismo

latinoamericano" en la Conferencia de San Francisco. Algunas de estas delegaciones querían una Declaración de Derechos Humanos como anexo de la Carta.[2] Estas propuestas fueron rechazadas, fundamentalmente, de las Grandes Potencias. Podemos observar aquí el importante rol que tiene la disparidad de fuerzas existente entre los Estado para el funcionamiento de la ONU misma, aspecto que suele no solo criticarse, sino también inspira un escepticismo pronunciado respecto de su efectividad.

Sobre las razones por las que las potencias se oponían a esta declaración de derechos incorporada en la Carta podemos mencionar su preocupación de que los derechos humanos interfiriesen en sus asuntos internos, ya que todas ellas tenían en esos momentos serios problemas en relación a los habitantes de sus territorios. Estados Unidos se enfrentaba a la cuestión de la discriminación racial contra las personas afrodescendientes; la Unión Soviética mantenía sus *Gulags*, donde los derechos humanos brillaban por su ausencia; finalmente, tanto el Reino Unido como Francia seguían disfrutando de sus imperios coloniales, en los que tampoco se puede decir que se respetasen escrupulosamente los derechos humanos.[3]

Otra cuestión relevante fue "el fantasma del rechazo del Senado de los Estados Unidos a dar su consentimiento al Pacto de la Sociedad de las Naciones", lo que, entre otros factores, contribuyó al relativo fracaso de la organización creada tras la Primera Guerra Mundial. El haber forzado a Estados Unidos a aceptar una Carta de las Naciones Unidas con una Declaración de Derechos Humanos en su seno quizás hubiera motivado de nuevo su "aislacionismo internacional", cosa que se quería evitar en todo momento.[4]

En los hechos, la propuesta de incluir una Declaración de Derechos en la Carta de las Naciones Unidas no obtuvo los apoyos necesarios, pero sí se logró incorporar, a lo largo de la Carta, varias referencias a los Derechos Humanos y las obligaciones de los Estados respecto a estos.

Así, la Carta de las Naciones Unidas contiene, desde el preámbulo, la referencia a "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas".

También, la Carta consagra como propósito de la ONU "realizar la cooperación internacional […] en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". Además de la referencia a los derechos humanos, podemos observar aquí el único derecho humano explícitamente consagrado en la Carta: el derecho a no ser discriminado.

2. Felipe Gómez Isa (dir.), José Manuel Pureza, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.
3. *Ibidem*.
4. *Ibidem*.

### *5.1. Propósitos y principios de las Naciones Unidas*

Conforme establece la Carta, los propósitos de las Naciones Unidas son:

> Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz.
> Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otros medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.
> Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.
> Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

A su vez, son principios rectores de la organización (y por tanto, también fuentes del DIP).

> La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.
> Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.
> Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.
> Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.
> Los Miembros de la Organización prestarán a esta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se

abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva.
La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.
Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.

### *5.2. Órganos permanentes de la ONU. Integración y funciones*

Según el art. 4 de la Carta, pueden ser miembros de la ONU todos los Estados amantes de la paz que acepten las obligaciones consignadas en la Carta. La admisión de nuevos miembros se efectúa por decisión de la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad.

Actualmente, la organización está integrada por 193 Estados considerados miembros permanentes, mientras que el Estado de Palestina y el Estado Vaticano participan como observadores en los períodos de sesiones, sin ser miembros de la Organización.

La Carta establece cuáles serán los órganos permanentes de la Organización. Así, podemos enumerar:

- La Asamblea General. La Asamblea General está integrada por todos los Miembros de las Naciones Unidas. Cada Miembro de la Asamblea General tiene un voto. Es el órgano deliberativo de la ONU y puede discutir cualquier asunto o cuestión dentro de los límites de la Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por la Carta, y podrá hacer recomendaciones no vinculantes (es decir, no obligatorias) a los Estados o a los demás órganos de la ONU.
- El Consejo de Seguridad: El Consejo de Seguridad se compone de quince miembros de las Naciones Unidas. La República de China, Francia, Rusia, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América son miembros permanentes del Consejo de Seguridad. La Asamblea General elige otros diez Miembros de las Naciones Unidas que serán miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, los cuales son elegidos por un período de dos años. Su responsabilidad primordial es mantener la paz y la seguridad internacionales, y para hacerlo puede incluso llegar a ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria

para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas. El poder de veto de las grandes potencias: es importante tener en cuenta que ninguna decisión puede tomarse si no es con el voto favorable de los cinco miembros permanentes. Esto es conocido como el poder de veto de las potencias, ya que cualquiera de ellas puede trabar una acción meramente con su voto negativo. Es este uno de los aspectos más criticados del Consejo, ya que por diversos motivos políticos o económicos, las grandes potencias suelen evitar acciones contra aquellos países que consideran sus "aliados".

- El Consejo Económico y Social (ECOSOC). El Consejo Económico y Social está integrado por cincuenta y cuatro Miembros de las Naciones Unidas elegidos por la Asamblea General. Podrá hacer o iniciar estudios e informes con respecto a asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y otros asuntos conexos, y hacer recomendaciones sobre tales asuntos a la Asamblea General, a los Miembros de las Naciones Unidas y a los organismos especializados interesados. En particular, podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades.
- La Corte Internacional de Justicia. La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. Todos los Miembros de las Naciones Unidas son de hecho parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ya que su estatuto de creación fue aprobado conjuntamente con la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, la competencia de la CIJ para intervenir en un litigio particular debe ser expresamente aceptada por los estados que sean parte de la controversia. Cada Miembro de las Naciones Unidas se ha comprometido a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte, por lo tanto, sus sentencias son vinculantes (obligatorias). Es importante tener en cuenta que la CIJ solo resuelve controversias entre Estados, no pudiendo concurrir ante ella individuos. Esto es identificado como la competencia contenciosa de la CIJ.
- La Corte se compone de quince miembros, de los cuales no podrá haber dos que sean nacionales del mismo Estado. Los magistrados independientes son elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional.

Por último, es importante señalar que la Corte podrá emitir opiniones consultivas (competencia consultiva) respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma. Estas opiniones consultivas no tienen carácter vinculante como sí lo tienen las sentencias.

- Secretaría General. La Secretaría se compone de un secretario general y del personal que requiera la Organización. El secretario general es nombrado por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad y es el más alto funcionario administrativo de la Organización. El secretario general actúa como tal en todas las sesiones de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad, del Consejo Económico y Social y del Consejo de Administración Fiduciaria, y desempeña las demás funciones que le encomienden dichos órganos. Anualmente, rendirá a la Asamblea General un informe sobre las actividades de la Organización. El secretario general puede también llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales o actuar como mediador de buenos oficios ante conflictos desatados entre Estados.
- Consejo de Administración Fiduciaria. Se trata de un órgano que hoy se encuentra sin funciones. La Carta estableció el Consejo de Administración Fiduciaria como uno de los órganos principales de las Naciones Unidas y le asignó la función de supervisar la administración de los territorios en fideicomiso puestos bajo el régimen de administración fiduciaria. Se trataba de varios territorios establecidos en el artículo 22 del Tratado de Versalles que habían sido previamente controlados por países derrotados en la Primera Guerra Mundial: los territorios coloniales del imperio alemán y las antiguas provincias del imperio otomano. El objetivo principal de este régimen consistía en promover el adelanto de los habitantes de los territorios en fideicomiso y su desarrollo progresivo hacia el gobierno propio o la independencia. El Consejo de Administración Fiduciaria estaba constituido por los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad: China, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Francia y el Reino Unido. Los propósitos del régimen de administración fiduciaria se han cumplido a tal punto que todos los territorios en fideicomiso han alcanzado el gobierno propio o la independencia, ya sea como Estados separados o mediante su unión con países independientes vecinos, por lo que el Consejo suspendió sus funciones en 1994.

Así conformada, y puesta en funcionamiento la ONU, rápidamente se abocó a la concreción de las disposiciones sobre derechos humanos contenidas en la Carta. Se encargó a una Comisión de Derechos Humanos la aprobación de un documento que

recogiese los principales derechos humanos junto con mecanismos para su protección. Sin embargo, dado que las grandes potencias ya estaban enfrascadas en plena Guerra Fría, no se pudo avanzar en esta cuestión todo lo que hubiera sido deseable, aprobando únicamente una Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.

El problema con el que se enfrentaba la Declaración Universal es que fue aprobada mediante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, resoluciones que constituyen meras recomendaciones para los Estados, pero no obligaciones jurídicas vinculantes.

Por lo tanto, era imprescindible el proceder a la aprobación de unos instrumentos de derechos humanos que tuviesen carácter plenamente jurídico y pudiesen vincular a los Estados que los ratificasen. Nuevamente iba a surgir la Guerra Fría como un obstáculo para el avance. Si bien inicialmente estaba previsto aprobar un único Pacto de derechos humanos que recogiese el conjunto de los derechos y libertades fundamentales, debido al conflicto entre el bloque occidental y el bloque socialista se procedió a la aprobación de dos Pactos de derechos humanos. Así, en la actualidad contamos con el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aprobados ambos, paradójicamente, el mismo día y en la misma sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966.

Además de la adopción de estos tres textos, la Organización de las Naciones Unidas ha jugado un papel crucial en el proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aprobando todo un conjunto de instrumentos en campos tan diversos como los derechos de la infancia, la discriminación contra la mujer, la lucha contra la tortura, entre otros, instrumentos que contienen a su vez, mecanismos de protección y promoción de los Derechos Humanos, y crean organismos responsables de su control y seguimiento.

## 6. La protección convencional de los derechos humanos en el sistema universal

Además del rol que juegan los distintos órganos de la ONU en la defensa y promoción de los Derechos Humanos, los distintos tratados internacionales en la materia que han sido aprobados permiten identificar otros mecanismos que, por surgir de estos tratados o convenciones, identificamos como "mecanismos convencionales del sistema universal".

Podemos enumerar al día de hoy las siguientes convenciones de derechos humanos que pertenecen al sistema internacional: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos Protocolos Facultativos (sobre el procedimiento de quejas individuales y la pena de muerte), el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Cada uno de estos tratados, además de consagrar un catálogo de derechos, crea un organismo responsable del control de su cumplimiento. Veamos, para cada caso, el órgano involucrado:

| Tratado | Órgano responsable de su seguimiento |
|---|---|
| Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PICP) | Comité de Derechos Humanos |
| Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) | Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales |
| Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial | Comité para la eliminación de la Discriminación Racial |
| Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer | Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer |
| Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes | Comité contra la Tortura. |
| Convención sobre los Derechos del Niño | Comité de los Derechos del Niño |
| Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares |
| Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas | Comité contra las Desapariciones Forzadas |
| Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad | Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad |

A su vez, cada tratado establece mecanismos para llevar adelante ese control. Estos mecanismos pueden dividirse en:

### *6.1. Mecanismos no contenciosos*

Explica Villán Duran que se trata de los procedimientos más antiguos establecidos, ya que son los más compatibles con los mecanismos que ofrece el Derecho Internacional Público.[5]

#### 6.1.a. Informes periódicos

Por este mecanismo, los estados que suscriben un tratado de Derechos Humanos, se obligan a presentar de forma periódica informes sobre el grado y progreso de aplicación interna de los derechos consagrados en el tratado internacional de que se trate. Estos informes son luego analizados por el Comité respectivo, estableciendo un diálogo con los representantes del Estado.

Se trata de un mecanismo de control leve, basado en la cooperación internacional y respetuosos de la soberanía del Estado, que evita la confrontación directa que implicaría una acusación o denuncia. La función principal de estos mecanismos es asistir y cooperar con los gobiernos para alcanzar el cumplimiento de los derechos de que se trate, por lo que se suele identificar este mecanismo como un mecanismo preventivo, que busca evitar futuras violaciones de los derechos humanos y no reparar las que ya hubieran ocurrido.

Además del informe del Estado, el Comité cuenta con la posibilidad de acceder a otras dos fuentes de información. En primer lugar, pueden recurrir a informes de distintas organizaciones internacionales (por ejemplo, la OIT, la UNESCO, informes de los comités de otros tratados, etc.). En segundo lugar, ciertos individuos de prestigio reconocido en la temática de que se trate, u organizaciones no gubernamentes (ONG's) reconocidas por las Naciones Unidas podrán presentar sus propios informes respecto del grado y progreso de aplicación interna de los derechos consagrados en el tratado internacional. Estos informes son comúnmente llamados "informes sombra", ya que se contraponen al informe oficial del Estado.

La función de estos comités al estudiar los informes de los estados no es la de condenar o acusar por supuestas violaciones de los derechos garantizados en el tratado correspondiente. Se trata de expresar opiniones, observaciones o recomendaciones a los Estados sobre las medidas a adoptar para mejorar la aplicación interna de las normas contenidas en las convenciones. Sin perjui-

5. Carlos Villán Durán, *La protección de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas*.

cio de esto, la publicación de las opiniones de los Comités en sus informes anuales, a ser estos difundidos, suponen cierta presión moral y política sobre los gobiernos.[6]

Estas observaciones, opiniones y recomendaciones de las que hablamos se vuelcan en un informe final dirigido al Estado en el que se incluyen los aspectos positivos y negativos que el Comité encontró en su estudio, así como las recomendaciones para superar los problemas que el Comité haya detectado.

Veamos en el texto de una de estas convenciones la consagración de este mecanismo. Tomaremos como ejemplo la más reciente de las convenciones aprobadas por Naciones Unidas: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El artículo 34 de la Convención crea el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. El artículo 35 prevé luego el mecanismo de informes periódicos al establecer:

> Artículo 35. Informes presentados por los Estados Partes: 1. Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la presente Convención en el Estado Parte de que se trate. 2. Posteriormente, los Estados Partes presentarán informes ulteriores al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite.

Luego, el artículo 36 establece:

> Artículo 36. Consideración de los informes: 1. El Comité considerará todos los informes, hará las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas respecto a ellos y se las remitirá al Estado Parte de que se trate. Este podrá responder enviando al Comité cualquier información que desee. El Comité podrá solicitar a los Estados Partes más información con respecto a la aplicación de la presente Convención.

Como podemos observar en estos artículos, el sistema de informes periódicos se inicia con un primer informe exhaustivo por parte del estado que dé cuenta de la situación de cumplimiento (o incumplimiento) en su territorio de las obligaciones que ha asumido al suscribir el tratado.

6. *Ibidem*.

Por ejemplo, para el caso de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Argentina presentó su primer informe en el año 2010. Veamos un pequeño extracto de ese informe, que en el caso analiza el cumplimiento por parte del Estado Argentino del Art. 12 de la Convención que establece:

> Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Sobre el cumplimiento de este artículo nuestro país informó: Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley. El Estado Argentino adoptó la forma representativa, republicana y federal de gobierno (art. 1 CN). Debido a ello, es el Congreso Nacional, a través del Código Civil principalmente, el órgano con competencia para legislar lo relativo a la capacidad jurídica de las personas (art. 75 inc. 12 CN), entendida como la capacidad para adquirir derechos y contraer

obligaciones (art. 52 CC) en sus dos facetas: capacidad para ser titular de un derecho y capacidad para gozar de su ejercicio (capacidad de hecho). Por regla general de todas las personas se presume su capacidad jurídica plena (art. 52 CC), siendo la incapacidad de hecho absoluta una excepción prevista en el art. 54 del Código Civil. En este grupo se encuentran los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y los insanos o dementes (quienes por causa de una enfermedad mental no pueden dirigir su persona y sus bienes). El Código Civil no se refiere al término "discapacitados" o "personas con discapacidad" (ya que tiene 150 años), sino a incapaces de hecho absolutos. Estos son los dos casos que más se asemejan a aquellos conceptos. En el derecho argentino la discapacidad no es causal de incapacidad jurídica en general, con la excepción de los dos casos mencionados y solo referidos a la capacidad de hecho o ejercicio del derecho. Estas son las personas que pueden ser declaradas incapaces de hecho conforme el citado art. 54 y siguiendo la terminología del Código, los dementes (inc. 3) y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (inc. 4). Cabe aclarar entonces que no es la discapacidad por sí sola (esto es, la persona "sordomuda") la causal de incapacidad de hecho para nuestro Código Civil, sino el hecho de que la persona en situación de esa discapacidad no sepa darse a entender por escrito. Es dable señalar que el criterio del Código corresponde al año de su dictado (1871), situación que se ha ido superando en su aplicación por distintos fallos de la Justicia que se han ido sucediendo desde el año 1968, con la entrada en vigencia de la Ley Nº17.711 que, entre otros aspectos incorporó la figura de la inhabilitación judicial (artículo 152 bis del CC) con posibilidad de graduación de la incapacidad y, en el último tiempo, con la entrada en vigencia de la Ley Nº26.378 por la que se aprueba la Convención motivo de este informe. Es en este punto donde se puede verificar una relación entre cierto tipo de discapacidades –aquellas que afectan facultades mentales– y la incapacidad de hecho jurídica como consecuencia. Siguiendo el régimen del Código Civil podemos señalar que las personas declaradas incapaces pueden adquirir derechos y contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les otorga la ley para el ejercicio de sus derechos (art. 56 CC), los curadores. Al respecto, el art. 57 CC continúa, estableciendo que los representantes de las personas dementes son los curadores que se les nombren, y el art. 59 agrega que además de ellos, serán representados, en juicio y en forma promiscua, por el Ministerio Público de Menores e incapaces. Es importante destacar que este sistema, que rige desde el siglo XIX, propuso la incapacidad como una institución de protección, "pero solo para el efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad" (art. 58 CC). En este sentido, el Código Civil dispone que los actos jurídicos para ser válidos deben ser otorgados por personas capaces de cambiar el estado de su derecho (art. 1040), reputando nulos aquellos otorgados por personas absolutamente

incapaces por su dependencia de una representación necesaria (art. 1041). Sin embargo, esta nulidad es relativa, ya que solo puede ser solicitada o alegada por la persona incapaz, teniendo en cuenta que el art. 1049 dispone que "la persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto fundándose en la incapacidad de la otra parte". El régimen legal aplicable a personas declaradas dementes e inhabilitados se encuentra reglado en el Título X de la Sección Primera del Libro Primero del Código Civil y que el marco legal hasta aquí descrito no se adecua a lo establecido por los estándares internacionales de derechos humanos en tanto no adscribe a un sistema de apoyo en la toma de decisiones sino que postula la sustitución de la voluntad mediante la subrogación de la misma por medio del representante legal. Por todo lo expuesto, el marco legal vigente restringe la plena capacidad jurídica por razón de discapacidad. Con relación a las medidas para garantizar determinados derechos y, a excepción de la institución que se vincula a padecimientos psíquicos, no se ha tomado conocimiento de normas que restrinjan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, aunque sí pueden señalarse regulaciones tendientes a facilitar el acceso de este grupo en situación de vulnerabilidad a mantener su integridad física y mental (Leyes Nº22.431, 24.308, 24.147, 24.314, 24.901 y 25.504).

Por su parte, el Comité analizó lo siguiente:

Igual reconocimiento ante la ley (artículo 12)

> 19. El Comité expresa su máxima preocupación por las inconsistencias observadas tanto en parte de la legislación vigente, como en los proyectos de ley en actual tramitación en el Estado parte, que se basa o continúa basándose en el modelo sustitutivo de la voluntad de la persona, en clara contradicción con el artículo 12 de la Convención. Le preocupa también la resistencia por parte de algunos operadores judiciales para poner en práctica la normativa que establece limitaciones a la discrecionalidad judicial para restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.
> 20. El Comité urge al Estado parte a la inmediata revisión de toda la legislación vigente que, basada en la sustitución de la toma de decisiones, priva a la persona con discapacidad de su capacidad jurídica. Al mismo tiempo, lo insta a que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplace el régimen de sustitución en la adopción de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. El Comité le recomienda además la puesta en marcha de talleres de capacitación sobre el modelo de derechos humanos de la discapacidad dirigida a jueces con la finalidad de que estos adopten el sistema de apoyo en la toma de decisiones en lugar de la tutela y la curatela.

> 21. El Comité expresa su preocupación por las inconsistencias contenidas en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial con la Convención, ya que conserva la figura de la interdicción judicial y deja a total discreción del juez la decisión de designar un curador o de determinar los apoyos necesarios para la toma de decisiones de las personas con discapacidad.
> 22. El Comité insta al Estado parte a que el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial elimine la figura de la interdicción judicial y que garantice en dicho proceso de revisión la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad.

Pasados cuatro años desde su informe inicial, la Argentina deberá presentar un nuevo informe, en el que responda las observaciones realizadas por el Comité, particularmente dando cuenta de las acciones que ha llevado adelante para corregir los puntos de preocupación que le fueron señalados.

### 6.1.b. Recomendaciones generales

En virtud de la información recabada respecto de la realidad de cada Estado, los Comités cuentan con información relevante para realizar sugerencias generales a los distintos órganos de Naciones Unidas, incluida la Asamblea General misma respecto de medidas que se entienden convenientes para el mejor cumplimiento de los derechos que sean de su competencia.

### 6.1.c. Observaciones generales

A su vez, y nuevamente, en virtud de la información recolectada a través de los informes periódicos, se trata de documentos que recopilan las deficiencias puestas de manifiesto por un gran número de informes y sugieran modificaciones para promover la protección de los derechos humanos. A su vez, estas Observaciones generales pueden volcar interpretaciones sobre el contenido y alcance de las obligaciones contenidas en el pacto de que se trate.

Veamos un ejemple en este extracto de la Recomendación General Nº 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre “La vida pública y política”:

> Derecho a votar y a ser elegido (inciso a) del artículo 7): 18. La Convención obliga a los Estados Partes a que, en sus constituciones o legislación, adopten las medidas apropiadas para garantizar que las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, disfruten del derecho de voto en todas las elecciones y referéndums, y el derecho a ser elegidas. Este de-

recho debe poder ejercerse tanto de jure como de facto. 19. El examen de los informes de los Estados Partes revela que, si bien la mayoría de ellos han aprobado disposiciones constitucionales y disposiciones jurídicas de otro tipo que reconocen a la mujer y al hombre el derecho igual a votar en todas las elecciones y referéndums públicos, en muchas naciones las mujeres siguen tropezando con dificultades para ejercer este derecho. 20. Entre los factores que obstaculizan el ejercicio de ese derecho figuran los siguientes: a) Las mujeres reciben menos información que los hombres sobre los candidatos y sobre los programas de los partidos políticos y los procedimientos de voto, información que los gobiernos y los partidos políticos no han sabido proporcionar. Otros factores importantes que impiden el ejercicio del derecho de la mujer al voto de manera plena y en condiciones de igualdad son el analfabetismo y el desconocimiento e incomprensión de los sistemas políticos o de las repercusiones que las iniciativas y normas políticas tendrán en su vida. Como no comprenden los derechos, las responsabilidades y las oportunidades de cambio que les otorga el derecho a votar, las mujeres no siempre se inscriben para ejercer su derecho de voto. b) La doble carga de trabajo de la mujer y los apuros económicos limitan el tiempo o la oportunidad que puede tener de seguir las campañas electorales y ejercer con plena libertad su derecho de voto. c) En muchas naciones, las tradiciones y los estereotipos sociales y culturales se utilizan para disuadir a la mujer de ejercer su derecho de voto. Muchos hombres ejercen influencia o control sobre el voto de la mujer, ya sea por persuasión o por acción directa, llegando hasta votar en su lugar. Deben impedirse semejantes prácticas. d) Entre otros factores que en algunos países entorpecen la participación de la mujer en la vida pública o política de su comunidad figuran las restricciones a su libertad de circulación o a su derecho a la participación, la prevalencia de actitudes negativas respecto de la participación política de la mujer, o la falta de confianza del electorado en las candidatas o de apoyo de estas. Además, algunas mujeres consideran poco agradable meterse en política y evitan participar en campañas. 21. Estos factores explican, por lo menos en parte, la paradoja de que las mujeres, que son la mitad de los electores, no ejercen su poder político ni forman agrupaciones que promoverían sus intereses o cambiarían el gobierno, o eliminarían las políticas discriminatorias. 22. El sistema electoral, la distribución de escaños en el Parlamento y la elección de la circunscripción inciden de manera significativa en la proporción de mujeres elegidas al Parlamento. Los partidos políticos deben adoptar los principios de igualdad de oportunidades y democracia e intentar lograr un equilibrio entre el número de candidatos y candida-

tas. 23. El disfrute del derecho de voto por la mujer no debe ser objeto de limitaciones o condiciones que no se aplican a los hombres, o que tienen repercusiones desproporcionadas para ella. Por ejemplo, no solo es desmedido limitar el derecho de voto a las personas que tienen un determinado grado de educación, poseen un mínimo de bienes, o saben leer y escribir, sino que puede ser una violación de la garantía universal de los derechos humanos. También es probable que tenga efectos desproporcionados para la mujer, lo que contravendría las disposiciones de la Convención.

Analizada esta realidad, el Comité realiza las siguientes recomendaciones:

Recomendaciones

Artículos 7 y 8

41. Los Estados Partes deben garantizar que sus constituciones y su legislación se ajusten a los principios de la Convención, en particular, a los artículos 7 y 8.

42. Los Estados Partes están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas, hasta promulgar la legislación correspondiente que se ajuste a la Constitución, a fin de garantizar que organizaciones como los partidos políticos y los sindicatos, a las que tal vez no se extiendan directamente las obligaciones en virtud de la Convención, no discriminen a las mujeres y respeten los principios contenidos en los artículos 7 y 8.

43. Los Estados Partes deben idear y ejecutar medidas temporales especiales para garantizar la igualdad de representación de las mujeres en todas las esferas que abarcan los artículos 7 y 8.

44. Los Estados Partes deben explicar la razón de ser de las reservas a los artículos 7 y 8, y los efectos de esas reservas, e indicar si estas reflejan actitudes basadas en la tradición, las costumbres o estereotipos en cuanto a la función de las mujeres en la sociedad, así como las medidas que están adoptando los Estados Partes para modificar tales actitudes. Los Estados Partes deben mantener bajo examen la necesidad de estas reservas e incluir en sus informes las fechas para retirarlas.

Artículo 7

45. Las medidas que hay que idear, ejecutar y supervisar para lograr la eficacia incluyen, en virtud del párrafo a) del artículo 7, las que tienen por objeto:

a) Lograr un equilibrio entre mujeres y hombres que ocupen cargos de elección pública;

b) Asegurar que las mujeres entiendan su derecho al voto, la importancia de este derecho y la forma de ejercerlo;
c) Asegurar la eliminación de los obstáculos a la igualdad, entre ellos, los que se derivan del analfabetismo, el idioma, la pobreza o los impedimentos al ejercicio de la libertad de circulación de las mujeres;
d) Ayudar a las mujeres que tienen estas desventajas a ejercer su derecho a votar y a ser elegidas.
46. Las medidas en virtud del párrafo b) del artículo 7 incluyen las que están destinadas a asegurar:
a) La igualdad de representación de las mujeres en la formulación de la política gubernamental;
b) Su goce efectivo de la igualdad de derechos a ocupar cargos públicos;
c) Su contratación de modo abierto, con la posibilidad de apelación.
47. Las medidas en virtud del párrafo c) del artículo 7, incluyen las que están destinadas a:
a) Asegurar la promulgación de una legislación eficaz que prohíba la discriminación de las mujeres;
b) Alentar a las organizaciones no gubernamentales y a las asociaciones públicas y políticas a que adopten estrategias para fomentar la representación y la participación de las mujeres en sus actividades.
48. Al informar sobre el artículo 7, los Estados Partes deben:
a) Describir las disposiciones legislativas que hacen efectivos los derechos contenidos en el artículo 7;
b) Proporcionar detalles sobre las limitaciones de esos derechos, tanto si se derivan de disposiciones legislativas como si son consecuencia de prácticas tradicionales, religiosas o culturales;
c) Describir las medidas introducidas para superar los obstáculos al ejercicio de esos derechos;
d) Incluir datos estadísticos, desglosados por sexo, relativos al porcentaje de mujeres y hombres que disfrutan de ellos;
e) Describir los tipos de políticas, las relacionadas con programas de desarrollo inclusive, en cuya formulación participen las mujeres y el grado y la amplitud de esa participación;
f) En relación con el párrafo c) del artículo 7, describir en qué medida las mujeres participan en las organizaciones no gubernamentales en sus países, en las organizaciones femeninas inclusive;
g) Analizar la medida en que el Estado Parte asegura que se consulte a esas organizaciones y las repercusiones de su asesoramiento a todos los niveles de la formulación y ejecución de las políticas gubernamentales;
h) Proporcionar información sobre la representación insuficiente de mu-

jeres en calidad de miembros o responsables de los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones patronales y las asociaciones profesionales y analizar los factores que contribuyen a ello.

### *6.2 Mecanismos cuasi-contenciosos*

Lo primero que es importante destacar es que no se trata de un procedimiento admitido por todas las Convenciones o tratados de derechos humanos. Solo algunas lo prevén. Se trata de un procedimiento que se pone en marcha una vez producida la violación de un derecho consagrado en las convenciones que prevén el mecanismo. No se trata ya de un mecanismo de prevención, sino de condena y reparación ante la violación ya producida.

Se trata de un mecanismo subsidiario de los procedimientos judiciales internos del Estado, ya que en todo momento se busca respetar la soberanía del Estado y darle oportunidad de resolver la violación con su propio sistema judicial.

El objetivo del procedimiento es que el Comité respectivo concluya sobre si existió o no en el caso particular violación de los derechos humanos consagrados en la convención de que se trate. Se trata de un procedimiento contradictorio, sancionatorio y condenatorio del Estado, estando este obligado a adoptar las medidas de reparación de la violación que el Comité determine. Puede comprenderse entonces que los Estados son reacios a aceptar este mecanismo de control, o la competencia de los Comités para recibir denuncias.

La opinión del Comité no es una sentencia, de allí que hablemos de un mecanismo cuasi-contencioso y no netamente contencioso.

Quejas individuales. Bajo este procedimiento un individuo o grupo de individuos puede presentar ante el respectivo Comité quejas contra el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran, por presunta violación de alguno de los derechos consagrados en el tratado. Como ya dijimos, se trata de un mecanismo subsidiario a los sistemas de garantía de derechos internos del propio estado, por lo que en una primera etapa, quien presente la queja deberá acreditar que ha agotado todas las instancias internas que el Estado pone a su disposición.

El procedimiento es facultativo, ya que el Estado parte debe haber aceptado expresamente la competencia del Comité para recibir quejas individuales. Una vez aceptado voluntariamente por el estado, el procesamiento pasa a ser obligatorio y el Comité tramitará todas y cada una de las quejas individuales que reciba y vayan dirigidas contra ese Estado.

El procedimiento es también confidencial en el sentido de que su contenido solo es conocido por las partes del proceso. Solo se dan a conocer, eventualmente, las decisiones finales del Comité.

El procedimiento es contradictorio, de apariencia judicial. Contradictorio porque ambas partes se presentan ante el Comité defendiendo por escrito y sucesivamente sus posiciones.

Concluido el procedimiento, la opinión del Comité sobre el fondo del asunto se redacta en forma de sentencia y el Comité se pronuncia sobre si ha habido o no violación de algún derecho en el caso concreto. Si concluye que ha existido una violación de derechos, el Comité señalará las medidas de reparación e indemnización de la víctima que el Estado debe adoptar.

Buscaremos a continuación explicar, en términos generales, el procedimiento que se sigue para la tramitación de una queja individual, no sin antes señalar que cada Comité puede presentar pequeñas variaciones dentro de esta generalidad.

En primer lugar, se requiere la aceptación del Estado de la competencia del Comité de que se trate. Esta aceptación se manifiesta, en ocasiones, con la suscripción del tratado mismo, o con la posterior firma de un protocolo facultativo que amplíe la competencia del Comité para la aceptación de quejas individuales.

Luego, debemos analizar quiénes están facultados para presentar una queja. Como regla general, será el individuo o grupo de individuos víctimas de la violación de que se trate. Si la presentación fuese realizada por otra persona en su nombre, se requerirá el consentimiento de la víctima para continuar con el procedimiento.

Presentada la queja, el Comité analizará que la misma cumpla las condiciones de admisibilidad establecidas. Analizado el cumplimiento de los requisitos formales, el Comité trasladará la queja al Estado, para que exprese lo que considere pertinente sobre la admisibilidad de la misma. Oídas ambas partes, el Comité elaborará un informe declarando admisible o inadmisible la queja. En este último caso, la queja será archivada.

Entre los requisitos formales a cumplir se encuentran que la queja sea presentada por escrito, que sea presentada por la propia víctima o su representante, que no sea anónima, que el Estado denunciado haya aceptado la competencia del Comité, que la violación de derechos que se denuncia se encuentre fundada en derechos protegidos por la convención en cuestión, que la denuncia no sea infundada, que contenga un relato pormenorizado de los hechos, y que haya transcurrido un tiempo razonable entre el agotamiento de los recursos internos y la presentación de la queja (el plazo razonable suele variar entre seis meses y un año).

Luego, existen otros requisitos de admisibilidad particulares que señalaremos a continuación.

Ausencia de Litispendencia internacional: la queja que se presenta no debe estar pendiente de resolución por otro organismo internacional, tanto en lo que respecta a la víctima como a los hechos y violaciones denunciadas.

Ausencia de cosa juzgada internacional: la queja que se presenta no debe haber obtenido ya resolución de otro organismo internacional, tanto en lo que respecta a la víctima como a los hechos y violaciones denunciadas.

Agotamiento de los recursos internos: es usualmente el requisito de admisibilidad más difícil de demostrar para quien denuncia. Recordemos aquí que la instancia internacional es subsidiaria de los mecanismos internos, por lo que, en respeto a la soberanía estatal, no se admiten quejas en el ámbito internacional si aún existen instancias de intervención estatal pendientes a través del Poder Judicial. Así, agotar los recursos internos del Estado podemos identificarlo con obtener un pronunciamiento del máximo órgano judicial del Estado denunciado. Ahora bien, resulta claro que la aplicación estricta de este requisito haría muy sencillo para los Estados impedir el acceso a la instancia internacional a las personas. Bastaría con que simplemente eviten este pronunciamiento final. Existen por lo tanto, excepciones a este requisito:

- Excepción 1: que no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- Excepción 2: que no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos.
- Excepción 3: que haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

En todos los casos, el motivo alegado para no agotar los recursos internos deberá ser acreditado por el peticionante.

Como ya dijimos, si por el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos la queja fuera declarada inadmisible, se archivará. Por el contrario, si fuera declarada admisible comenzará el procedimiento de investigación para la determinación de los hechos.

Una vez declarada la admisibilidad, el Comité informará de esto al Estado, el cual dispondrá de un plazo (comúnmente de seis meses) para responder a las cuestiones de fondo planteadas.

Durante el trámite de una petición los Comités pueden: ponerse a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa, si la iniciativa surge de las partes puede ser en cualquier momento; si parte de la Comisión es necesario que hayan precisado las posiciones y pretensiones de las partes. La intervención puede cesar si advierte que el asunto no es susceptible de solución amistosa. Solo en casos excepcionales y con razones de fondo, puede la Comisión omitir el procedimiento de la conciliación porque está de por medio la protección de los derechos de las víctimas o de sus familiares.

Suponiendo el fracaso del proceso de conciliación y una vez escuchadas ambas partes, el Comité se pronunciará sobre el fondo del asunto, realizando la calificación jurídica de los hechos que considere probados, en relación con las normas protectoras de los derechos humanos del tratado en cuestión, obligatorias para el Estado parte. Este pronunciamiento determinará si en el caso ha existido o no violación de alguna de las obligaciones del tratado por parte del Estado. En caso de una conclusión afirmativa, la decisión contendrá también las medidas de reparación e indemnización que el estado debe tomar. Esta decisión es, al igual que el procedimiento, confidencial. Es importante tener en cuenta que a pesar de su contenido, estas decisiones no tienen carácter sancionatorio ni prevén un mecanismo para forzar su cumplimiento.

Sin embargo, los Comités en cuestión han tomado como práctica, una vez notificada su decisión a las partes, hacer público el contenido de las mismas, agregando así una suerte de sanción y presión "moral" a sus decisiones, que no es inocua para los Estados.

Veamos un ejemplo, tanto del análisis de admisibilidad como de la decisión final tomada por el Comité de Personas con discapacidad:

> Deliberaciones del Comité
>
> *Examen de la admisibilidad*
>
> 7.1 Antes de examinar toda reclamación formulada en una comunicación, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad debe decidir, de conformidad con el artículo 2 del Protocolo facultativo y el artículo 65 del reglamento del Comité, si es o no admisible en virtud del Protocolo facultativo.
> 7.2 De conformidad con el artículo 2, apartado c), del Protocolo facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido examinado por el Comité ni ha sido ni está siendo examinado en el marco de otro procedimiento de examen o arreglo internacional.
> 7.3 El Comité observa que el autor invocó una violación del artículo 13 de la Convención y alegó que a pesar de su estado de salud, fue obligado a trasladarse a la sede donde se desarrolló el juicio oral en su contra, a pesar de la opinión contraria de los médicos, para luego impedirle el acceso a la audiencia, debiéndose quedar en la ambulancia o la camilla en otro ambiente. Sin embargo, en base a la documentación presentada, el Comité considera que no puede concluir que el autor agotó los recursos internos respecto a esta alegación y por tanto, la declara parcialmente inadmisible con arreglo al artículo 2, apartado d), del Protocolo facultativo, por lo que hace a este punto.

7.4 El Comité toma nota de la argumentación del Estado parte de que el autor no agotó los recursos internos, ya que utilizó una vía que no era la adecuada para reparar las presuntas violaciones y no interpuso un recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra la decisión de la Cámara Federal de Casación Penal de 13 de julio de 2012. El Comité observa que el autor acudió en varias ocasiones ante los órganos judiciales del Estado parte solicitando su detención domiciliaria o el traslado e internamiento en un centro de salud. En particular, acudió en tres ocasiones en casación ante la Cámara Federal de Casación Penal, siendo la última vez el 29 de mayo de 2013. El Comité considera que el Estado parte no explica su afirmación de que el autor utilizó una vía que no era la adecuada. Tampoco explica de qué manera el recurso extraordinario federal hubiera podido ser efectivo y adecuado, o qué otra vía existía para reparar las posibles violaciones alegadas por el autor. Dada la naturaleza de los asuntos sujetos a examen, el Comité considera que el autor realizó esfuerzos suficientes para plantear sus reclamos ante las autoridades internas. Además, de recurrir a recursos extraordinarios que prevé la ley del Estado parte, la tramitación de la petición podría verse demorada excesivamente y se pondría en riesgo la integridad física del peticionario. Por tanto, el Comité concluye que no existen obstáculos para la admisibilidad de la comunicación de conformidad con el artículo 2, apartado d), del Protocolo facultativo.

7.5 El Comité toma nota de la argumentación del Estado parte respecto a que la comunicación es inadmisible con arreglo al artículo 2, apartado e), del Protocolo facultativo, toda vez que las alegaciones del autor carecen de fundamentación, son genéricas, y sin mayores precisiones. El Comité considera que las quejas del autor y los hechos expuestos plantean cuestiones susceptibles de ser examinadas en el marco de los artículos 9; 10; 14, párrafo 2; 15, párrafo 2; 17; 25; y 26, de la Convención y que las mismas han sido suficientemente fundamentadas a efectos de la admisibilidad. Por consiguiente, y no existiendo otros obstáculos a la admisibilidad, el Comité declara la comunicación parcialmente admisible y procede a examinarla en cuanto al fondo.

*Examen de la cuestión en cuanto al fondo*

8.1 El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta la información facilitada por las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Protocolo facultativo y el artículo 73, párrafo 1, del reglamento del Comité.

8.2 El Comité toma nota de la queja del autor de que ha sido discriminado toda vez que las autoridades no tomaron en cuanta su discapacidad ni su estado de salud al internarlo en el Hospital Penitenciario Central del CPF de Ezeiza, ni llevaron a cabo los ajustes razonables necesarios para garantizar su integridad personal. Lo anterior se ha traducido en la interrupción del tratamiento de rehabilitación indicado por sus médicos tratantes, y violado su derecho al más alto nivel posible de salud sin discriminación y a lograr la máxima independencia y capacidad. Por otra parte, el autor alega que las autoridades desestimaron arbitrariamente sus alegaciones respecto al riesgo para su salud que suponían los traslados del CPF de Ezeiza al hospital rehabilitador; que la infraestructura del centro penitenciario es precaria e inadecuada para personas con su discapacidad; y que los ajustes realizados por las autoridades penitenciarias en su lugar de detención son insuficientes para evitar el continuo e irreparable daño a su salud física y mental.
8.3 La información de que dispone el Comité muestra que el autor fue sometido a una intervención quirúrgica en que se le colocó una placa a nivel cervical de manera incorrecta. Asimismo, tuvo un accidente cerebrovascular con secuelas graves, que le ocasionaron hemianopsia homónima izquierda y trastornos en el equilibrio de orden perceptivo, cognitivo y de orientación visoespacial. Debido a esta situación, el autor requiere tratamiento de rehabilitación en las áreas de kinesiología, terapia ocupacional, neurología cognitiva y rehabilitación visual. El 7 de abril de 2010, el Instituto FLENI informó al TOF que el autor estaba en condiciones de continuar un programa de rehabilitación ambulatorio en "hospital de día" y el 6 de agosto de 2010, el TOF dispuso el internamiento, primeramente en el CPF de Buenos Aires y, posteriormente, el 26 de mayo de 2011, en el CPF de Ezeiza donde permanece actualmente.

*Las condiciones del lugar de detención*

8.4 El Comité toma nota de las alegaciones del autor de que su habitación-celda en el CPF de Ezeiza es inadecuada para una persona con discapacidad. Los ajustes realizados por las autoridades penitenciarias no resultan suficientes, toda vez que las dimensiones del baño no están adaptadas al uso de una silla de ruedas; la silla de plástico semiadaptada en el baño no guarda las medidas de seguridad indispensables; y no puede desplazarse por sus propios medios para acceder al sanitario y a la ducha, por lo que depende de la asistencia del enfermero u otra persona. Si bien es cierto que se instaló un timbre de llamada, en la práctica muchas

veces la respuesta no es oportuna. Su piel se ha escarado en reiteradas ocasiones por no contar con un colchón antiescaras y sus movimientos se encuentran sumamente limitados. En la práctica solo puede realizar sus necesidades básicas mediante el uso de instrumentos que le colocan en su cama y la falta de asistencia de terceras personas no le permite realizar un cuidado cotidiano de su higiene. La falta de infraestructura adecuada para personas con su discapacidad, y las precarias condiciones de detención constituyen un atropello a su dignidad y un trato inhumano. Por otra parte, el Comité toma nota de las observaciones del Estado parte respecto a que las autoridades realizaron los trabajos y modificaciones necesarias para eliminar el escalón que impedía el acceso al cuarto de baño y ducha de manera independiente. Además, las autoridades judiciales, de la Gendarmería Nacional y del Ministerio Público verificaron *in situ* la existencia y funcionamiento de ascensores, la existencia de una puerta de acceso al patio de recreación habilitada especialmente para el autor, y la existencia y funcionamiento de un timbre de llamado al enfermero, quien prestaba asistencia las 24 horas del día.

8.5 El Comité recuerda que conforme al artículo 14, párrafo 2 de la Convención, las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad tienen derecho a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la Convención, incluida la realización de ajustes razonables. Asimismo, también recuerda que la accesibilidad es un principio general de la Convención y, en tal sentido, se aplica también a aquellas situaciones en las que las personas con discapacidad son privadas de su libertad. El Estado parte tiene la obligación de garantizar que sus centros penitenciarios permitan la accesibilidad de todas las personas con discapacidad que lleguen a ser privadas de su libertad. Así pues, los Estados partes deben adoptar todas las medidas pertinentes, incluyendo la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, a fin de que las personas con discapacidad privadas de libertad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida diaria del lugar de detención, entre otras, asegurando su acceso, en igualdad de condiciones con las demás personas privadas de libertad, a los diversos ambientes físicos y servicios, tales como baños, patios, bibliotecas, talleres de estudio o trabajo, servicios médico, psicológico, social y legal. En el presente caso, el Comité reconoce los ajustes realizados por el Estado parte para eliminar las barreras de acceso en el entorno físico del autor en el centro penitenciario. Sin embargo, considera que el Estado parte no ha probado fehacientemente que las medidas de ajuste tomadas en el complejo penitenciario sean suficientes para garantizar el acceso del autor al cuarto de baño y ducha, al patio y al

servicio de enfermería, de la manera más independiente posible. En este sentido el Comité observa que el Estado no ha alegado la existencia de obstáculos que le impidan tomar todas las medidas necesarias para facilitar la movilidad del autor en su entorno y tampoco ha desvirtuado las alegaciones del autor sobre la persistencia de barreras arquitectónicas. Por consiguiente, el Comité considera que, en ausencia de suficientes explicaciones, el Estado parte ha incumplido sus obligaciones en relación con el artículo 9, párrafo 1, apartados a) y b) y el artículo 14, párrafo 2 de la Convención.
8.6 Habiendo arribado a la anterior conclusión, en las circunstancias del presente caso, el Comité considera que como resultado de la falta de accesibilidad y ajustes razonables suficientes se colocó al autor en unas condiciones de detención precarias incompatibles con el derecho consagrado en el artículo 17 de la Convención.
8.7 El Comité recuerda que la falta de medidas pertinentes y ajustes razonables suficientes, cuando estos sean requeridos, para personas con discapacidad privadas de libertad, puede llegar a constituir un trato contrario al artículo 15, párrafo 2 de la Convención. Ahora bien, en el presente caso, el Comité considera que no cuenta con elementos suficientes que le permitan concluir a la existencia de una violación del artículo 15, párrafo 2 de la Convención.

*El cuidado sanitario y el tratamiento de rehabilitación*

8.8 El Comité toma nota de las alegaciones del autor respecto a que desde su ingreso en el CPF de Ezeiza no ha recibido un tratamiento de rehabilitación adecuado y oportuno; y que este centro carece de infraestructura, equipamiento y personal adecuados para llevar a cabo el tratamiento de rehabilitación. El Comité toma nota, asimismo, de las observaciones del Estado parte respecto a que, en coordinación con la OSDE, el tratamiento de rehabilitación ambulatorio puede efectuarse en el CPF de Ezeiza y en centros sanitarios extramuros próximos al penal; que el autor se negó en diversas ocasiones a someterse a dichos tratamientos; y que sus solicitudes de detención domiciliaria o internamiento hospitalario han sido ampliamente examinadas por las autoridades judiciales, quienes ordenaron al TOF tomar las medidas necesarias a fin de proteger la salud e integridad del autor.
8.9 El Comité recuerda que, conforme al artículo 25 de la Convención, las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación, por lo que los Estados partes deben adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas

con discapacidad a servicios de salud, incluida la rehabilitación. Además, el artículo 26 dispone que los Estados partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, mediante servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, de forma que esos servicios y programas comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona. A la luz de estas disposiciones, leídas conjuntamente con el artículo 14, párrafo 2, el Comité recuerda que los Estados partes están en una posición especial de garante toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas con discapacidad privadas de su libertad en razón de un proceso.
8.10 En el presente caso, está fuera de toda duda que el autor requiere cuidados sanitarios y tratamiento de rehabilitación. A este respecto, el Comité observa que tras su ingreso al CPF de Ezeiza, el 26 de mayo de 2011, el establecimiento penitenciario no le facilitó el tratamiento de rehabilitación indicado por sus médicos tratantes del Instituto FLENI de manera continua. Ahora bien, en ocasiones el autor se negó a realizar el tratamiento de rehabilitación disponible en el CPF de Ezeiza o en hospitales extramuros elegidos por las autoridades. Posteriormente, como resultado de la intervención de la Cámara Federal de Casación Penal, desde julio de 2013 el autor tuvo sesiones continuas de rehabilitación kinesiológica y psicología en el centro de rehabilitación San Juan de Dios y en el mismo hospital penitenciario. El Comité es consciente de las contradicciones existentes entre las afirmaciones, por una parte del autor y por otra del Estado parte, sobre la calidad y suficiencia del tratamiento de rehabilitación proporcionado al autor mientras permanece en prisión. Sin embargo, constata, por una parte, que las afirmaciones del autor no están acompañadas de elementos probatorios plenamente convincentes y, por otra parte, que los órganos judiciales han tomado medidas para responder a las necesidades médicas del autor. En consecuencia, y en las circunstancias particulares de este caso, el Comité no cuenta con elementos suficientes que le permitan concluir a la existencia de una violación de los artículos 25 y 26 de la Convención.

*Los riesgos que representa el estado de la columna cervical del autor para su salud y vida*

8.11 El Comité toma nota de las alegaciones del autor respecto a la fragilidad de su columna cervical y los graves riesgos que supone la placa

colocada en la intervención quirúrgica a la que se sometió, debido a que se encuentra desplazada y sin sujeción. De acuerdo a las alegaciones del autor, las autoridades habrían puesto en grave riesgo su vida y salud al internarle en un centro penitenciario y obligarle a aceptar un tratamiento ambulatorio que implica frecuentes traslados en ambulancia que constituyen un serio riesgo para su vida y salud. El Comité toma nota de las opiniones médicas solicitadas por las autoridades judiciales y las presentadas por el autor. El Comité observa que el 7 de abril de 2010, sus médicos tratantes en el Instituto FLENI recomendaron tratamiento en modalidad ambulatoria; que posteriormente a esta fecha el autor fue ingresado en centros sanitarios, incluido el de su propia elección, y sometido a evaluaciones y exámenes médicos; y que las opiniones médicas sobre las consecuencias que podrían ocasionar los traslados debido al estado de su columna cervical no son concluyentes. Teniendo en cuenta la información de que dispone, el Comité no cuenta con elementos que le permitan concluir que los traslados en ambulancia de alta complejidad y con compañía de un médico desde y hacia el centro penitenciario, así como el internamiento del autor en el penal, constituyan una violación de los artículos 10 y 25 de la Convención.
9. El Comité, actuando en virtud del artículo 5 del Protocolo facultativo de la Convención, dictamina que el Estado parte ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 9, párrafo 1, apartados a) y b); 14, párrafo 2; y 17, de la Convención y formula las siguientes recomendaciones al Estado parte:
a) En relación con el autor: el Estado parte tiene la obligación de reparar los derechos que asisten al autor en virtud de la Convención, realizando los ajustes en el lugar de detención que garanticen su acceso a las instalaciones físicas y servicios penitenciarios, en igualdad de condiciones que otras personas detenidas. El Estado parte también debe reembolsar al autor los costes legales incurridos en la tramitación de esta comunicación. Por otra parte, en atención al delicado estado de salud del autor, el Comité solicita al Estado parte velar por que, en el marco de la autonomía del paciente a consentir o rechazar un tratamiento médico, el autor tenga acceso a cuidados sanitarios adecuados y oportunos de acuerdo a su estado de salud, y acceso continuo y pleno a un tratamiento de rehabilitación adecuado.
b) De carácter general: el Estado parte tiene la obligación de prevenir violaciones similares en el futuro. En particular, el Estado tiene la obligación de:
i) Adoptar medidas pertinentes y ajustes razonables suficientes, cuando estos sean solicitados, para garantizar que las personas con discapacidad

privadas de libertad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida del lugar de detención;
ii) Adoptar medidas pertinentes y ajustes razonables suficientes, cuando estos sean solicitados, para garantizar el acceso de personas con discapacidad privadas de libertad, en igualdad de condiciones con las demás personas privadas de libertad, a las instalaciones físicas del lugar de detención así como a los servicios que en estos se ofrezcan;
iii) Adoptar medidas pertinentes para garantizar que las personas con discapacidad privadas de libertad tengan acceso a tratamiento médico y rehabilitación, de manera que puedan gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación;
iv) Garantizar que las condiciones de detención para personas con discapacidad no se traduzcan, por falta de accesibilidad y de ajustes razonables, en condiciones más gravosas y de mayor sufrimiento físico y psicológico que puedan convertirse en formas de trato cruel, inhumano o degradante y afectación de la integridad física y psicológica de la persona.
v) Impartir formación adecuada y periódica sobre el ámbito de aplicación de la Convención y su Protocolo facultativo a los jueces; otros funcionarios judiciales; y funcionarios de los centros penitenciarios, en particular al personal sanitario.
10. De conformidad con el artículo 5 del Protocolo facultativo y el artículo 75 del reglamento del Comité, el Estado parte debe presentar al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, que incluya información sobre las medidas que haya tomado en vista del dictamen y de las recomendaciones del Comité. Se pide asimismo al Estado parte que publique el dictamen del Comité, y que lo distribuya ampliamente, en un formato accesible, a fin de que llegue a todos los sectores de la población.

## Bibliografía

AAVV: ¿Qué es esto de los Derechos Humanos? Apuntes para una reflexión crítica: historias, documentos, conceptos y actividades. Buenos Aires, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 2012.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*.

Barboza, Julio: *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, Zavalía Editor, 2008.

Beitz, Charles: *La idea de los derechos humanos*. Ed. Marcial Pons, 2012.
Berraondo López, Mikel: *Mecanismos de protección internacional de los Derechos Humanos*, 2004.
Carta de las Naciones Unidas.
Gómez Isa, Felipe (dir.); Pureza, José Manuel: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.
Laporta, Francisco: "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Revista Doxa* 4, 1987.
Nikken, Pedro: "Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza", en *Revista IIDH*. Vol. 48, 2008.
Papacchini, Angelo: *Filosofía y Derechos Humanos*. Universidad del Valle, 2012.
Programa Venezolano de Educación: *Acción en Derechos Humanos: Conceptos y características de los derechos humanos*, Caracas, Provea, 2008.
Spector, Horacio: "La filosofía de los Derechos Humanos", en *Revista Isonomía*, Octubre de 2001.
Vega, Juan Carlos (dir.); Sommer, Christian (coord.): *Derechos humanos, legalidad y jurisdicción supranacional*. Córdoba, Editorial Mediterránea, 2007.
Villán Durán, Carlos: *La protección de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas*.

*Sitios web consultados*

Comisión interamericana de Derechos Humanos: http://www.cidh.org/
Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/
Organización de las Naciones Unidas http://www.un.org

# Capítulo XIV
# Acuerdos regionales. La Organización de Estados Americanos. Sistema Interamericano de DDHH

*Virginia Giménez*

## 1. Organización de Estados Americanos. Antecedentes históricos

El artículo 52 de la Carta de la ONU legaliza la existencia de acuerdos regionales. Esta disposición fue introducida por insistencia de los Estados americanos, que tenían especial interés en mantener su propio sistema regional. Luego, surgirían otros sistemas regionales, como la Organización de la Unidad Africana y el Consejo de Europa.

Se trata de organizaciones que intentan llevar a cabo, en el orden regional, los Propósitos de la Carta y dar vigencia a sus principios (Barboza).

En América, la organización internacional de los Estados de las Américas es la más antigua del planeta en cuanto tiene antecedentes que se remontan a los primeros años de la independencia (Barboza). Se lo señala como un caso singular, ya que el sistema antecede, incluso, a su propio instrumento constitutivo ya que existieron repetidos intentos –con éxito dispar– de constituir organismos o suscribir tratados de cooperación mutua entre los Estados de América. Se puede mencionar, el Congreso Bolivariano de 1826, la constitución de un Buró internacional americano con sede en Washington en 1890, que diera en 1910 el nacimiento a la Unión Panamericana, que luego daría lugar a numeras conferencias interamericanas que culminarían con la Conferencia de Bogotá de 1948, en que se adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos, dando así nacimiento a la OEA.

La Novena Conferencia Internacional Americana, que reunió a 21 Estados en Bogotá, en 1948, adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En la misma Conferencia, se aprobó el Convenio Económico de Bogotá, que se propuso fomentar la cooperación económica entre los Estados americanos, pero que nunca entró en vigencia.

De la misma manera que la Carta de la OEA, el Pacto de Bogotá obliga a las Altas Partes Contratantes a resolver las controversias entre los Estados americanos por medios pacíficos y enumera una lista de procedimientos a seguir: buenos oficios y mediación, investigación y conciliación, arbitraje. Si no se logra

una solución mediante el procedimiento de conciliación establecido, las partes tienen derecho a recurrir a la Corte Internacional de Justicia. De hecho, algunas controversias han llegado hasta esta instancia. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, subrayó el compromiso de la región en la protección internacional de los derechos humanos y sentó las bases para la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que fue aprobada en 1969 y entró en vigencia en 1978.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos fue el resultado de un largo proceso de negociación que comenzó en 1945. Originalmente se propusieron varios nombres para la nueva institución: "Unión", "Comunidad regional" y "Organización". Luego de haberse elegido esta última designación, se discutió sobre el uso de "Estados", "Naciones" o "Repúblicas". No se optó por el término "Repúblicas" a fin de no excluir otras formas de gobierno que pudieran existir en la región, y se rechazó la opción "Naciones" por ser este término más cultural o sociológico que jurídico. Así se gestó el nombre que conocemos en la actualidad: "Organización de los Estados Americanos".

También se estableció la nueva relación de la Organización con el sistema universal de las Naciones Unidas, que se había creado tres años antes. El artículo 1 de la Carta de la OEA establece que: "Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional", de conformidad con las estipulaciones del Capítulo VIII (Acuerdos Regionales) de la Carta de las Naciones Unidas. Como tal, la OEA ha participado en actividades relacionadas con la paz y la seguridad de la región, especialmente y más recientemente en varios momentos de la historia de Haití, cuando las dos organizaciones emprendieron misiones conjuntas.

El preámbulo de la Carta, como lo hace la Carta de las Naciones Unidas, contiene referencias a los derechos humanos, cuando establece que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

A su vez, la Carta presenta una particularidad, como es el reconocimiento de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región; fijando un principio para todos los gobiernos de América, al punto tal que, conforme el artículo 9 de la Carta, un miembro de la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás cuerpos que se hayan creado.

Como también lo hace la Carta de la ONU, la Carta de la OEA de 1948 fija los siguientes propósitos para la organización:

- Afianzar la paz y la seguridad del Continente.
- Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención.
- Prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros.
- Organizar la acción solidaria de estos en caso de agresión.
- Procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos.
- Promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural.
- Erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio.
- Alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

Y los siguientes principios:

Los Estados americanos reafirman los siguientes principios:

- El derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas.
- El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional.
- La buena fe debe regir las relaciones de los Estados entre sí.
- La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa.
- Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales.
- La eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados americanos.

- Los Estados americanos condenan la guerra de agresión: la victoria no da derechos.
- La agresión a un Estado americano constituye una agresión a todos los demás Estados americanos.
- Las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos.
- La justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera.
- La cooperación económica es esencial para el bienestar y la prosperidad comunes de los pueblos del Continente.
- Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.
- La unidad espiritual del Continente se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos y demanda su estrecha cooperación en las altas finalidades de la cultura humana.
- La educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz.

Son miembros de la OEA todos los Estados Americanos que ratifiquen la Carta. Hoy en día, la OEA reúne a los 35 Estados independientes de las Américas y ha otorgado el estatus de Observador Permanente a 69 Estados, así como a la Unión Europea (UE). Los observadores permanentes son Estados no americanos que colaboran con las actividades de la organización (algunos ejemplos incluyen a China, el Reino Unido, Alemania, Irlanda, Portugal, entre otros).

## 2. Órganos de la OEA

La estructura de la Organización se halla establecida en los artículos 53 y siguientes, de donde surge que:

> La Organización de los Estados Americanos realiza sus fines por medio de: a) La Asamblea General: es el máximo órgano de la OEA, tiene facultades para decidir las acciones y políticas de la Organización. En materia de Derechos Humanos, cada año, durante la celebración del período ordinario de sesiones de la Asamblea, este órgano recibe los informes anuales de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es además la encargada de elegir a los miembros de la Comisión y de la Corte. La asamblea realiza sesiones ordinarias anualmente en el mes de junio.

b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores: la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores deberá celebrarse con el fin de considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados americanos, y para servir de órgano de Consulta. Cualquier Estado miembro puede pedir que se convoque la Reunión de Consulta.

c) Los Consejos: El Consejo Permanente de la Organización y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, dependen directamente de la Asamblea General. Todos los Estados miembros tienen derecho a hacerse representar en cada uno de los consejos. Cada Estado tiene derecho a un voto. Los consejos, en asuntos de su respectiva competencia, podrán presentar estudios y propuestas a la Asamblea General, someterle proyectos de instrumentos internacionales y proposiciones referentes a la celebración de Conferencias Especializadas, a la creación, modificación, o supresión de organismos especializados y otras entidades interamericanas, así como sobre la coordinación de sus actividades. El Consejo Permanente de la Organización se compone de un representante por cada Estado miembro, nombrado especialmente por el Gobierno respectivo con la categoría de embajador. El Consejo Permanente conoce, dentro de los límites de la Carta y de los tratados y acuerdos interamericanos, de cualquier asunto que le encomienden la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. El Consejo Permanente velará por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados miembros y, con tal fin, les ayudará de una manera efectiva en la solución pacífica de sus controversias, de acuerdo con las disposiciones siguientes. Con arreglo a las disposiciones de la Carta, cualquier Parte en una controversia en la que no se encuentre en trámite ninguno de los procedimientos pacíficos previstos en la Carta, podrá recurrir al Consejo Permanente para obtener sus buenos oficios. El Consejo, de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior, asistirá a las Partes y recomendará los procedimientos que considere adecuados para el arreglo pacífico de la controversia.

El Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral se compone de un representante titular, a nivel ministerial o su equivalente, por cada Estado miembro, nombrado especialmente por el Gobierno respectivo. El Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral tiene como finalidad promover la cooperación entre los Estados americanos con el propósito de lograr su desarrollo integral, y en particular para contribuir a la eliminación de la pobreza crítica, de conformidad con las normas de la Carta y en especial las consignadas en el Capítulo VII de la misma, en los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico.

d) El Comité Jurídico Interamericano: el Comité Jurídico Interamericano tiene como finalidad servir de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos; promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente. El Comité Jurídico Interamericano estará integrado por once juristas nacionales de los Estados miembros, elegidos por la Asamblea General por un período de cuatro años, de ternas presentadas por dichos Estados.
e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: sus atribuciones y funciones las analizaremos en el punto siguiente. Lo que aquí resulta importante destacar es que la Comisión es creada por la Carta de la OEA, por lo que todos los estados miembros de la Carta aceptan la competencia de la Comisión.
f) La Secretaría General: la Secretaría General es el órgano central y permanente de la Organización de los Estados Americanos. Cumple los encargos que le encomienden la Asamblea General, la Reunión de Consulta de ministros de Relaciones Exteriores y los consejos. El secretario general de la Organización es elegido por la Asamblea General para un período de cinco años y no podrá ser reelegido más de una vez ni sucedido por una persona de la misma nacionalidad.
g) Las Conferencias Especializadas: son reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana, y se celebran cuando lo resuelva la Asamblea General o la Reunión de Consulta de ministros de Relaciones Exteriores, por iniciativa propia o a instancia de alguno de los consejos u Organismos Especializados.
h) Los Organismos Especializados: se consideran Organismos Especializados Interamericanos los organismos intergubernamentales establecidos por acuerdos multilaterales que tengan determinadas funciones en materias técnicas de interés común para los Estados americanos.

## 3. La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Más allá del rol que corresponde a cada órgano de la OEA en la concreción de los propósitos referidos a los derechos humanos, el sistema prevé dos órganos

de protección específicos, que, en algunos casos, interactúan en la investigación y resolución de casos.

Los instrumentos jurídicos interamericanos en materia de derechos humanos son los siguientes:

- Declaración Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también llamado Protocolo de San Salvador.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.
- Convención interamericana para prevenir y sancionar la Tortura.
- Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas.
- Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belém do Pará.
- Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.
- Convención de lucha contra el racismo, la discriminación y toda forma de intolerancia.

A diferencia del sistema universal, en que cada uno de los tratados que enumeramos prevé un comité específico para su seguimiento, en el sistema interamericano los organismos responsables de ese seguimiento serán la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

### *3.1. La Comisión interamericana de Derechos Humanos*

Está integrada por siete miembros que deben ser personas de la más alta calidad moral y reputado conocimiento en materia de derechos humanos, quienes son elegidos a título personal y representan a todos los Estados de la OEA. Son elegidos por la Asamblea General, sobre una terna propuesta por cada Estado. Duran en su cargo cuatro años y pueden ser reelegidos para otro período.

Esta Comisión fue creada en el año 1959 con una función exclusivamente de promoción de los Derechos Humanos. En 1967 se aprobó el Protocolo de Buenos Aires, por el que se otorgó a la Comisión una base convencional ya que fue incorporada como órgano permanente en la Carta de la OEA y se amplió sus

funciones a la protección de los derechos humanos, reconociéndosele competencia respecto de todos los Estados miembros.

En 1969, al aprobarse la Convención Americana de Derechos Humanos (instrumento que además crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos) se confirió a la Comisión una dualidad de funciones, diferenciando su actuación según se trate de un estado que haya o no ratificado la Convención Americana. Algunos Estados que no han ratificado la Convención son Estados Unidos, Canadá, Belice, entre otros.

En cualquiera de los casos, se trate de un estado parte del Pacto de San José de Costa Rica o no, será la Comisión interamericana la que recibirá las peticiones individuales (denuncias) contra los estados del sistema.

### *3.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos en el año 1969. Se trata de un órgano jurisdiccional autónomo de la OEA. Actualmente, de los 35 Estados miembros de la OEA, 25 son parte en la Convención Americana y 21 han aceptado la competencia contenciosa de la Corte. Está integrada por siete miembros que deben ser personas de la más alta calidad moral y reconocida autoridad en materia de derechos humanos, quienes, además, reúnen las condiciones para ejercer la más alta magistratura en el Estado del que son nacionales o en el Estado que los propone. Son elegidos por la Asamblea General y su mandato dura seis años.

La Corte ejerce dos funciones. Por un lado, una función contenciosa, lo que significa que la Corte es competente para decidir sobre la existencia o no de una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de un Estado, y para disponer una indemnización en favor de las víctimas o sus herederos. Para poder ejercer esta función es imprescindible que el Estado denunciado sea parte de la Convención y que haya reconocido la jurisdicción de la Corte. Además, solo pueden llevar un caso ante la Corte la Comisión Interamericana o los Estados partes en la Convención.

Luego, la Corte tiene también una función consultiva, ya que cualquiera de los órganos de la OEA o de los Estados miembros de la OEA pueden consultar a la Corte sobre la correcta aplicación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Pueden ser objeto de consulta la Convención Interamericana y todos los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, así como leyes internas respecto de su compatibilidad con dichos instrumentos internacionales.

## 4. El procedimiento de petición individual en el sistema interamericano

La legitimación activa en el sistema interamericano es muy amplia. Puede presentar una petición individual cualquier persona, incluyendo organizaciones no gubernamentales, con o sin vinculación con quien es presentada como víctima de la violación.

Respecto de la legitimación pasiva, podrá ser objeto de la petición individual, en primer lugar, todo Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. Aquellos Estados que no sean parte de la Convención pero sí son miembros de la OEA caen también bajo la competencia atribuida a la Comisión interamericana por su sola pertenencia a la OEA. Tal es el caso de, por ejemplo, Canadá y Estados Unidos.

Los casos eventualmente resueltos por la Comisión respecto de Estados miembros de la OEA pero no partes de la Convención no puede ser sometidos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que esta última no es un órgano de la OEA sino de la Convención Americana. Igualmente, no podrán ser llevados ante la Corte Interamericana aquellos Estados que, siendo parte de la Convención, no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte.

### *4.1. Los requisitos de admisibilidad*

Para que una petición sea considerada por la Comisión debe cumplir los requisitos de admisibilidad que el sistema prevé. Son requisitos formales la presentación por escrito de la denuncia, la identificación del peticionario y de la víctima, el relato de los hechos y la identificación de las autoridades públicas a quienes se acusa de la violación.

Además, son requisitos sustanciales que no exista litispendencia internacional (es decir, que idéntica petición no esté pendiente de resolución por parte de la Comisión u otro organismo internacional de derechos humanos o cosa juzgada internacional, o que idéntica petición no haya sido ya resuelta la Comisión u otro organismo internacional de derechos humanos). Además, la petición debe ser presentada en el plazo de seis meses desde que se produce el agotamiento de los recursos internos. Por último, también rige en este ámbito el requisito de agotamiento de los recursos internos, al que ya nos referimos al señalar que podemos identificarlo con obtener un pronunciamiento del máximo órgano judicial del Estado denunciado. También en este caso son aplicables las excepciones ya enumeradas al requisito, a saber:

- Que no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.
- Que no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos.
- Que haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Al igual que en el sistema universal, la etapa de admisibilidad supone la posibilidad de que el Estado denunciado se expida sobre el cumplimiento de los requisitos para declarar admisible una petición. Si la Comisión, luego de oídas las partes, considera que la petición es admisible, elaborará un informe de admisibilidad que comunicará a las partes y se pondrá a disposición de estas para llegar a una solución amistosa de la controversia. Por el contrario, si la declara inadmisible, el procedimiento concluye.

Superada la etapa de admisibilidad, y si no fuera posible alcanzar una solución amistosa, la petición será considerada un caso, y se analizará en esta etapa si los hechos constituyen violaciones al derecho aplicable. En esta etapa, tanto el peticionante como el Estado deberán alegar sobre los hechos que consideran probados. Previo a emitir su opinión sobre el fondo, la Comisión podrá nuevamente instar a las partes a una solución amistosa. Si las partes no estuvieran de acuerdo, la Comisión elaborará un informe en el que decidirá conforme a derecho si el Estado es o no responsable por la violación de derechos humanos denunciada en la petición.

Si la Comisión considera que no existido violación de derechos, el informe será publicado y el caso se cierra definitivamente.

Por el contrario, si la Comisión considera que el Estado violó uno o más derechos contenidos en la Convención Americana, efectuará recomendaciones al Estado respecto de las formas de prevención de reiteraciones y reparación a la víctima. Si el Estado cumple con estas recomendaciones en el plazo otorgado, el caso se considera cerrado.

Por el contrario, si el Estado no cumple con las recomendaciones realizadas, la Comisión se encuentra habilitada a someter el caso a la Corte Interamericana. Si decidiera no someter el caso a la Corte, la Comisión elaborará un informe definitivo que contenga su opinión, conclusiones finales y recomendaciones, el cual podrá ser publicado por la Comisión.

### *4.2. La demanda ante la Corte Interamericana*

Solo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Estados partes de la Convención que hayan reconocido la competencia de la Corte pueden promover

una demanda ante la Corte. A su vez, solo la Comisión o los Estados partes que hayan reconocido la competencia de la Corte pueden ser demandados ante ella.

El procedimiento ante la Corte consta de una etapa escrita y una etapa oral. La etapa escrita inicia con la presentación de la demanda, la que debe ocurrir dentro de los tres meses de notificado el informe final de la Comisión al Estado. Una vez presentada la demanda, la Corte notificará al Estado, la Comisión y la víctima o sus representantes. Todos ellos presentarán por escrito sus argumentos, solicitudes y pruebas.

Sustanciada la fase escrita, la etapa oral se compone de audiencias que la Corte celebra a efectos de escuchar a las partes, los testigos y peritos, si los hubiera.

Puede acontecer que, en cualquiera de estas instancias, que las partes arriben a una solución amistosa, en cuyo caso la Corte dará por terminado el asunto.

Finalizadas ambas etapas, la Corte resolverá el caso a través del dictado de una sentencia que contendrá un resumen del procedimiento, de los hechos, los argumentos de las partes, los fundamentos de derecho, la decisión sobre el caso y un pronunciamiento sobre las reparaciones y costas (gastos del procedimiento).

Esta sentencia es obligatoria, y desde su dictado se inicia un proceso de verificación de su cumplimiento, durante el cual el Estado debe justificar ante el tribunal las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la sentencia.

## Bibliografía

AAVV: ¿Qué es esto de los Derechos Humanos? Apuntes para una reflexión crítica: historias, documentos, conceptos y actividades. Buenos Aires, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 2012.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*.

Barboza, Julio: *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, Zavalía Editor, 2008.

Beitz, Charles: *La idea de los derechos humanos*. Ed. Marcial Pons, 2012.

Berraondo López, Mikel: *Mecanismos de protección internacional de los Derechos Humanos*, 2004.

Carta de la Organización de Estados Americanos.

Carta de las Naciones Unidas.

Gómez Isa, Felipe (dir.); Pureza, José Manuel: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.

Laporta, Francisco: "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Revista Doxa* 4, 1987.

Nikken, Pedro: "Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza", en *Revista IIDH*. Vol. 48, 2008.

Papacchini, Angelo: *Filosofía y Derechos Humanos*. Universidad del Valle, 2012.

Programa Venezolano de Educación: *Acción en Derechos Humanos: Conceptos y características de los derechos humanos*, Caracas, Provea, 2008.

Spector, Horacio: "La filosofía de los Derechos Humanos", en *Revista Isonomía*, Octubre de 2001.

Vega, Juan Carlos (dir.); Sommer, Christian (coord.): *Derechos humanos, legalidad y jurisdicción supranacional*. Córdoba, Editorial Mediterránea, 2007.

Villán Durán, Carlos: *La protección de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas*.

*Sitios web consultados*

Comisión interamericana de Derechos Humanos: http://www.cidh.org/

Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/

Organización de Estados Americanos http://www.oas.org/es/

Organización de las Naciones Unidas http://www.un.org

# Capítulo XV
# Jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución Nacional

*Virginia Giménez*

## 1. Introducción

Previo a adentrarnos específicamente en la temática de este capítulo, profundizaremos un poco nuestro conocimiento sobre esta fuente del Derecho Internacional Público (DIP): los tratados internacionales.

Llamamos tratados o convenciones internacionales a los acuerdos internacionales celebrados por escrito entre Estados y regidos por el Derecho Internacional. Una definición más amplia podría referirse a un acuerdo de voluntad entre dos o más sujetos del derecho internacional, que crea, modifica o extingue derechos. Esta última definición agrega a las organizaciones internacionales como sujetos que pueden obligarse a través de la suscripción de un tratado.

Actualmente, la formación, efectos y nulidades de los tratados internacionales se rigen por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, una suerte de código que regula desde el comienzo de las negociaciones, hasta la entrada en vigor y posteriores efectos de los tratados.

Los tratados internacionales pueden clasificarse en:

a. Bilaterales o multilaterales. Identificamos a los tratados bilaterales con aquellos suscriptos por dos sujetos del Derecho Internacional y los multilaterales con los suscriptos por tres o más sujetos del derecho internacional. Los tratados de derechos humanos son tratados multilaterales.
b. Abiertos o cerrados. Los tratados abiertos son aquellos a los que se puede acceder sin haber tomado parte en su negociación. Por el contrario, los tratados cerrados son aquellos que no admiten nuevos miembros.
c. Operativos o programáticos. Identificamos a los tratados operativos con aquellos que, debido a la forma de redacción de sus normas, no necesitan de una reglamentación para ser aplicados. Se sostiene que para su aplicación en el derecho interno solo es necesaria una ley de incorporación. Por otro lado, los tratados programáticos son aquellos

que no pueden ser directamente aplicados, no sin una ley interna que los reglamente. En este caso, se sostiene que resultan necesarias dos leyes internas, una de incorporación y otra reglamentaria, de implementación.

Luego, es importante también para el presente capítulo que tengamos un conocimiento básico respecto del proceso de aprobación y firma de un tratado. Será suficiente por ahora que tengamos en claro estos tres pasos:

I. Negociación y firma: la negociación y adopción de un texto definitivo del tratado se realiza normalmente a través de los representantes de las partes (Estados u organizaciones internacionales) quienes debaten el texto hasta llegar a un acuerdo respecto de su contenido. Una vez que las partes se han puesto de acuerdo respecto del contenido del tratado, manifestarán su consentimiento en obligarse por él. Esta manifestación se realiza mediante la firma del tratado. En el caso de nuestro país, esta etapa de negociación y firma es atribución del Poder Ejecutivo.
II. Aprobación del **ó**rgano legislativo interno: si bien la firma del tratado se interpreta como la intención del Estado de obligarse por él, comúnmente los Estados condicionan su intención a la aprobación del tratado por parte del Poder Legislativo del Estado de que se trate. Por ejemplo, en nuestro país, una vez que el Poder Ejecutivo ha negociado y firmado un tratado internacional, somete el texto del tratado al Poder Legislativo, a efectos de que, mediante la sanción de una ley, apruebe el texto del tratado. Esta ley lo es solamente en sentido formal, ya que no implica que el tratado adquiera vigencia interna, lo cual solo ocurrirá una vez que sea ratificado.
III. Ratificación: una vez producida la aprobación, corresponderá al Poder Ejecutivo realizar el depósito del instrumento de ratificación, momento a partir del cual, una vez producida la entrada en vigencia del tratado, el Estado queda plenamente obligado a su cumplimiento.

Repasemos entonces el acto complejo que implica la suscripción de un tratado en la República Argentina. Existe una etapa de negociación y firma, que corresponde al Poder Ejecutivo. Luego una etapa de aprobación, que se realiza por ley del Congreso Nacional, para finalizar con la etapa de ratificación, que nuevamente corresponde al Poder Ejecutivo.

## 2. La relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Teorías monistas y dualistas

Desde los orígenes de los Estados han existido acuerdos entre ellos que podemos identificar con normas del Derecho Internacional Público. Muchos de estos acuerdos existían como costumbres internacionales, sin que existiera una gran cantidad de documentos escritos.

Como hemos visto hasta aquí, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial se ha producido un crecimiento exponencial del Derecho Internacional Público (DIP), caracterizado por su positivización.

El derecho internacional de los Derechos Humanos no ha sido ajeno a este crecimiento, el cual se ha producido mayormente a través de la suscripción, por parte de los Estados, de un importante número de tratados dedicados a la temática.

La existencia de un derecho internacional que compromete a los Estados a actuar de cierta manera, y un derecho interno que puede en ocasiones contradecirlo, ha dado lugar a la necesidad de resolver las controversias que pueden suscitarse en la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Algunas de las cuales veremos a continuación.

El primer problema a resolver surge del siguiente interrogante. Cuando el Estado suscribe un tratado internacional, sea este o no de derechos humanos, ¿ese tratado pasa a ser automáticamente una norma vigente en el Estado que lo suscribe? ¿Tiene ese tratado efectos en el territorio del Estado o debe su texto ser volcado en una ley del Estado? Dos teorías han intentado dar respuesta a este interrogante.

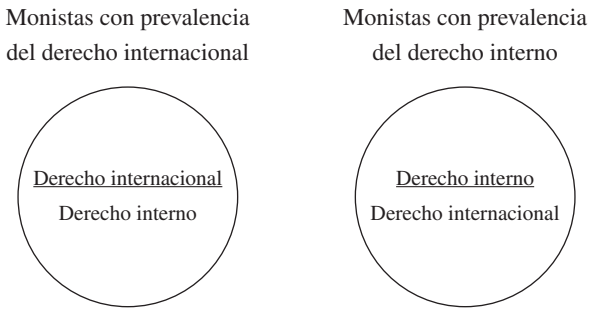
### *2.1. Teoría monista*

Quienes adhieren a esta teoría sostienen que el derecho interno y el derecho internacional integran un mismo sistema jurídico, razón por la cual, cuando un estado suscribe un tratado internacional, este automáticamente pasa a integrar el sistema jurídico del estado y se torna, por tanto, plenamente aplicable sin necesidad de sancionar una ley que repita su texto y lo convierta en ley del Estado. Kelsen es un claro exponente de esta teoría ya que, para él, el derecho interno y el derecho internacional comparten un mismo origen: la norma fundamental que da fundamento a todo el sistema. De allí que integren el mismo sistema jurídico.

Ahora, para los monistas, queda un interrogante por resolver. Si el derecho interno y el derecho internacional integran el mismo sistema jurídico, ¿cuál prevalece sobre el otro en caso de contradicciones? Aquí se producirá una división entre los representantes de la escuela, sosteniendo algunos autores que el derecho

internacional prevalece sobre el derecho interno y otros que el derecho interno prevalece sobre el internacional.

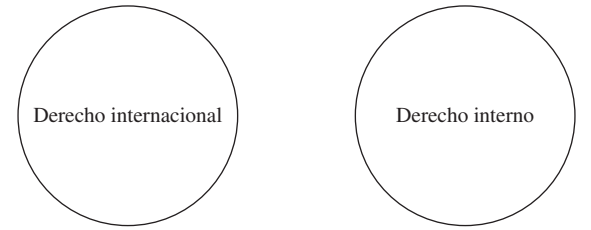
Veámoslo gráficamente. El círculo representará para nosotros el sistema jurídico, compuesto tanto por el derecho interno como por el derecho internacional.




## *2.2. Teoría dualista*

A la teoría monista se opone la teoría dualista, que sostiene que el derecho interno y el derecho internacional son dos sistemas jurídicos absolutamente separados. Quienes adhieren a esta teoría fundamentan su posición en las diferencias existentes entre uno y otro respecto de la forma de creación de las normas, sujetos y relaciones que se establecen entre los sujetos.

Gráficamente, los dualistas sostendrían que existe dos círculos distintos, nuevamente, identificando círculos con sistemas jurídicos:




Para los exponentes de la teoría dualista, el derecho internacional debe ser *transformado* en derecho interno para poder ser aplicado dentro de Estado que se ha obligado por él. Explica Barboza que, desde el dualismo, para que una norma de derecho internacional sea aplicable a un individuo, es menester que el Estado en cuestión haya dictado una ley interna con el mismo contenido del Tratado.

Esta ley no debe ser confundida con la ley que aprueba el tratado, que como ya dijimos, es meramente una ley en sentido formal, sino que debe ser una nueva ley que reitere integrantemente el texto del tratado.

Como vemos, la teoría que asumamos determinará el efecto que tendrá en el Estado la ratificación por parte de su Poder Ejecutivo de un nuevo tratado. Desde una visión monista, el efecto será inmediato mientras que desde una visión dualista, el tratado no producirá efectos jurídicos al interior del territorio del Estado hasta tanto no sea transformado en derecho interno por el poder legislativo. En esta última postura, su único efecto jurídico inmediato será la eventual responsabilidad internacional del Estado por su incumplimiento, pero ya fuera del ámbito interno.

Lamentablemente, nuestra Constitución Nacional no contiene referencia alguna que nos permita conocer si el constituyente originario adhería al dualismo o al monismo. Para autores como Barboza, la ausencia de referencia alguna a la necesidad de incorporación del derecho internacional al derecho interno indica la adscripción de nuestra Constitución a un sistema monista.

Sin embargo, son muchos los especialistas de derecho constitucional que, recurriendo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, sostienen que en sus orígenes la interpretación constitucional de este tribunal ubicaba a nuestro país en un sistema dualista, mientras que en 1992, con el dictado del fallo Ekmedkjian c/ Sofovich, se produce un viraje en la interpretación, adscribiendo nuestro máximo tribunal a partir de ese momento a una teoría monista con prevalencia del derecho internacional.

Veamos claramente este cambio jurisprudencial. En 1988 la Corte Suprema dictó sentencia en la causa Ekmekdjian, Miguel A. c. Neustadt, Bernardo y otros. Allí afirmó: "El derecho a réplica o respuesta, contenido en el artículo 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por la ley 23.054, no ha sido objeto aún de reglamentación legal *para ser tenido como derecho positivo interno*".

Por el contrario, en 1992, al resolver la causa Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros el máximo tribunal modifica su posicionamiento dualista y, desde una teoría monista concluye: *"En nuestro ordenamiento jurídico el derecho de respuesta o rectificación ha sido establecido por el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica que,* al ser aprobado por Ley 23. 054 y ratificado por nuestro país, es ley suprema de la Nación conforme el art. 31 de la Constitución Nacional".

## 3. La jerarquía de los tratados internacionales en nuestro país. Etapas históricas

La jerarquía de las normas jurídicas resulta relevante para determinar cuáles prevalecen sobre otras. El conjunto de normas de un sistema jurídico como el de nuestro país es variado. Conviven al mismo tiempo la Constitución Nacional,

tratados internacionales, leyes nacionales, decretos nacionales, leyes provinciales, decretos provinciales, ordenanzas municipales, resoluciones de diversos organismos, etc. Entre ellos pueden, en oportunidades, entrar en conflicto o contradicción. El orden jerárquico de las normas sirve, en estos casos, para determinar cuál prevalece sobre otra y cuál debe aplicarse al caso concreto.

Dentro de esta pluralidad de normas, también ha debido definirse la ubicación jerárquica de los tratados internacionales. Esta escala jerárquica ha atravesado diversas etapas que analizaremos a continuación.

### *3.1. Primera etapa. Desde la sanción de la Constitución Nacional hasta 1992*

En esta primera etapa, la determinación de la jerarquía normativa de los tratados internacionales era derivada, por interpretación jurisprudencial, del análisis conjunto de los siguientes artículos constitucionales:

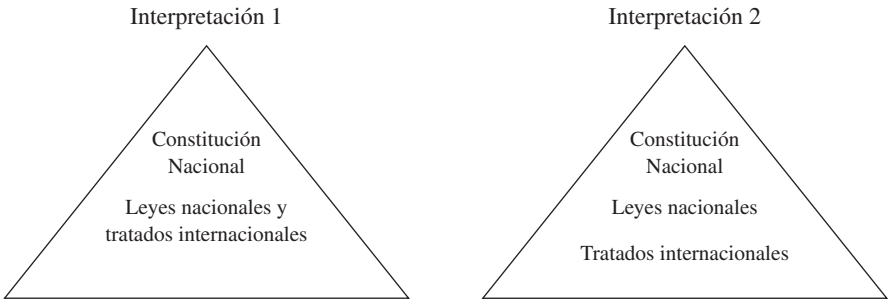
> Artículo 27: El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.
> Artículo 31: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Ya hemos estudiado la teoría de la supremacía constitucional respecto de las leyes y, a su vez, la interpretación armónica de ambos artículos tampoco deja dudas respecto de la prevalencia de la Constitución Nacional sobre los tratados internacionales. Sin embargo, no resulta tan sencillo responder cuál es la relación jerárquica que se establecía entre leyes nacionales y tratados internacionales.

Después de todo, el artículo 31 afirma: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación". Una vez asegurada la supremacía constitucional, no resulta igualmente claro el estadio siguiente de la escala jerárquica.

¿Se encuentran leyes nacionales y tratados internacionales en el mismo nivel de jerarquía, tal como parece afirmar el texto o, por el contrario, el orden en que las normas son nombradas, primero las leyes, luego los tratados, debe entenderse como un orden jerárquico en sí mismo?

Veamos gráficamente el resultado de ambas interpretaciones.




Lamentablemente, la ambivalencia de nuestro máximo tribunal en este período histórico no nos permite ser contundentes respecto de la respuesta.

En distintos casos, la Corte Suprema afirmó diferentes interpretaciones, en ocasiones sosteniendo la prevalencia de la ley sobre los tratados internacionales como en el caso Chantrain, Alfonso[1] de 1947, en ocasiones afirmando la igualdad jerárquica entre unas y otras normas como en la causa Martín y Cía. Ltda. S.A. c. Administración General de Puertos s/repetición de pago de 1963.[2]

En esta última interpretación, subsiste un problema. ¿Qué norma prevalece en caso de contradicción entre un tratado y una ley nacional?

Nos explica Víctor Bazán que el criterio sostenido puede sintetizarse así: no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Y respecto de ambos rige el principio de que las normas posteriores derogan a las anteriores.[3]

Entonces, en la interpretación que iguala la jerarquía de tratados internacionales y leyes nacionales, los conflictos normativos que puedan suscitarse se resuelven por viejos principios del derecho. La ley (o tratado) posterior deroga la ley (o tratado) anterior. Así, una ley dictada en 1962 será derogada por un tratado suscripto en 1980, o viceversa.

Otro criterio interpretativo podría ser también que ley (o tratado) especial deroga ley (o tratado) general. Un ejemplo de esto podría ser un tratado de libre comercio de productos lácteos entre Brasil y Argentina, que se vería derogado por una ley que especialmente estableciera que la leche producida en Brasil debe pagar impuestos aduaneros para ingresar a la República Argentina.

1. CSJN, 1947 T. 208, p. 84.
2. CSJN, 1980, T. 302, p. 1137.
3 Víctor Bazán, "El Derecho Internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de Derechos Humanos", en *La Ley*, Sup. Const. 2010 (agosto), 05/08/2010, 1.

### *3.2. Segunda etapa. Desde 1992 hasta 1994. Dictado del fallo Ekmedkjian contra Sofovich*[4]

Numerosas críticas se expresaron respecto de la interpretación sostenida por la Corte Suprema. La principal se basaba en la ratificación en 1972 por parte del Estado Argentino de la Convención de Viena Sobre el derecho de los Tratados,[5] la cual entró en vigencia en el año 1980 y establece en su artículo 27 que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

Este compromiso de no fundar el incumplimiento del derecho internacional en el hecho de que una norma interna lo contradijera, claramente daba por tierra con cualquier posibilidad de sostener que el derecho internacional se encontraba en igual nivel (mucho menos por debajo) de las leyes nacionales.

Finalmente, en el año 1992 la Corte Suprema de Justicia tomó en consideración el compromiso asumido por la República Argentina en la sentencia dictada en la causa Ejkmedkjian contra Sofovich.[6]

El caso se origina en hechos ocurridos durante un programa televisivo conducido por el demandado en el cual un invitado, el autor Dalmiro Sáenz, realizó declaraciones que cuestionaban el dogma cristiano referido a la inmaculada concepción. Miguel Ángel Ekmedkjian, constitucionalista, intentó exigir su derecho a réplica[7] invocando que como católico se sentía afectado por las declaraciones del autor y que este derecho se encontraba consagrado en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica e implícito en el artículo 33 de la Constitución Nacional. Ekmedkjian ya había intentado obtener un pronunciamiento en este sentido en la causa Ekmedkjian contra Neustadt[8] que referenciamos al hablar de teorías monistas y dualistas, sin mayor éxito ya que la Corte afirmaba que la carencia de una ley nacional que reglamente este derecho tornaba imposible su reconocimiento por parte del Poder Judicial.

En esta oportunidad, por el contrario, la Corte produce un claro cambio en su jurisprudencia y afirma, entre otras cosas, que:

4. CSJN, 07/07/1992, T. 315, p. 1492.
5. Adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados y abierta a la firma el 23 de mayo de 1969, fecha en que fue suscripta por la República Argentina .Aprobada por Ley Nacional 19.865.
6. CSJN, 07/07/1992, T. 315, p. 1492.
7. Pacto de San José de Costa Rica. Art. 14.1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
8. CSJN, 01/12/1988, T. 311, p. 2497.

En nuestro ordenamiento jurídico el derecho de respuesta o rectificación ha sido establecido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por Ley 23.054 y ratificado por nuestro país, es ley suprema de la Nación conforme el art. 31 de la Constitución Nacional.
La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento.
La prioridad de rangos del derecho internacional convencional sobre el derecho interno integra el ordenamiento jurídico argentino en virtud de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.
La necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27.
La Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados confiere primacía al derecho convencional internacional sobre el derecho interno.

La pirámide jurídica argentina luego del dictado del fallo puede graficarse de esta manera:

### *3.3. Tercera etapa. Jerarquía de los tratados internacionales a partir de la reforma de 1994*

La jurisprudencia surgida del fallo Ekmekdjian c/ Sofovich[9] se mantuvo estable desde su dictado. En 1994, en el marco del proceso de reforma constitucional, esta jurisprudencia no solo fue receptada por los constituyentes al establecer

9. CSJN, 07/07/1992, T. 315, p. 1492.

explícitamente la supralegalidad de los tratados internacionales, sino que fue incluso ampliada, al elevar la jerarquía de un conjunto de tratados, otorgándoles jerarquía constitucional.

Todo esto se hizo mediante la reforma del antiguo artículo 64 que enumeraba las atribuciones del Congreso Nacional. El artículo 64 inc. 19 establecía: "Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás Naciones, y los concordatos con la Silla Apostólica; y arreglar el ejercicio del patronato en toda la Confederación".

El actual art. 75 inc. 22 establece: "Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. *Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*".

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño*; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.* Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. *Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.*

Es decir que, en la actualidad, nuestra Constitución Nacional establece claramente:

> Los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes (supralegal). De esta manera, se elimina cualquier controversia respecto de la jerarquía normativa de los tratados internacionales.
>
> Existe un grupo de tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional. Los enumerados en el artículo 75 inc. 22. Conforme este artículo, los tratados allí enumerados se encuentran en pie de igualdad con la Constitución Nacional y conforma lo que la doctrina y la jurisprudencia llaman "bloque de constitucionalidad" o "bloque federal de cons-

> titucionalidad". La idea de bloque hace referencia a normas que sin integrar la Constitución Nacional comparten con ella la misma jerarquía.[10] Otros tratados internacionales de derechos humanos podrán gozar de jerarquía constitucional si, luego de su aprobación por parte del Congreso Nacional, el propio órgano legislativo a través del tratamiento de ambas Cámaras opta por brindársela, necesitando para ello el voto afirmativo de los 2/3 de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo,[11] fueron aprobados por la ley del Congreso Nacional N°26.378 del año 2008, cuyo artículo 1° establece: "Apru*ébase* la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/ RES/ 61/ 106, el día 13 de diciembre de 2006".

Posteriormente, en el año 2014, por Ley 27.044, el Congreso Nacional otorgó a la Convención jerarquía constitucional. El artículo 1° de esta ley establece: "Otórgase jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad".

Es importante entonces recordar que no todos los tratados de derechos humanos, solo por el hecho de serlo, gozan de jerarquía constitucional. Tal jerarquía les puede ser reconocida, con posterioridad a su aprobación, por otra ley del Congreso sancionada con las mayorías necesarias:

> Los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el artículo 75 inc. 22 (y aquellos posteriormente agregados) gozan de jerarquía constitucional *en las condiciones de su vigencia***.**
> Los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el artículo 75 inc. 22 (y aquellos posteriormente agregados), que gozan de jerarquía constitucional*, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.*

### 3.3.a. El significado de "en las condiciones de su vigencia"

Como vemos, el constituyente incluyó en el artículo 75 inc. 22 dos cláusulas que deben ser interpretadas. La primera de ellas se refiere a las condiciones de

10. AAVV, *Derecho Constitucional*. Pablo Luis Manili (coord.), Buenos Aires, Errepar, 2014.
11. Aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.

vigencia de un tratado internacional de derechos humanos con jerarquía constitucional. Resulta obvio que los tratados internacionales se incorporan al derecho argentino siempre y cuando este vigentes. Esto es así porque, incluso cuando un Estado ratifica un tratado internacional, ello no supone la inmediata vigencia del instrumento.

Por ejemplo, como ya dijimos, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados fue ratificada por la República Argentina en 1972. Sin embargo, no entró en vigencia hasta 1980 ya que la propia Convención establece que entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, hecho que ocurrió recién en 1980.

Una vez resuelto que los tratados internacionales enumerados en el art. 75 inc. 22 deben estar vigentes para gozar de jerarquía constitucional, subsiste la necesidad de determinar qué quiso decir el constituyente.

Una interpretación posible, y sostenida en el transcurso de la Asamblea Constituyente, refiere que las condiciones de vigencia del tratado hacen referencia a las reservas que la República Argentina haya realizado al momento de ratificar un tratado. Se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.[12]

Es decir, el mismo tratado puede estar vigente de diversa manera para los Estados firmantes ya que cada uno puede haber realizado reservas respecto del texto que hacen que los efectos jurídicos del tratado varíen para con ellos, siempre que las reservas no desnaturalicen el objeto del tratado.

Así, las condiciones de vigencia de un tratado de derechos humanos enumerado en el art. 75 inc. 22 estarán, en parte, dadas por las reservas que el Estado Argentino pudo haber realizado al momento de ratificar el tratado en el ámbito internacional.

Por último, nuestra Corte Suprema de Justicia ha también tenido ocasión de interpretar el significado de la frase "en las condiciones de su vigencia". En la causa Giroldi, Horacio D. y otro s/Recurso de casación,[13] la CSJN concluyó que la expresión "en las condiciones de su vigencia" de la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere al modo como ella "efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación" por lo que determinó que esta "jurisprudencia deba servir

12. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 2.
13. CSJN, 07/04/1995, T. 318, p. 514.

de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana".

De allí que las condiciones de vigencia de un tratado internacional de derechos humanos que goza de jerarquía constitucional se compone de la efectiva vigencia del tratado, las reservas o declaraciones interpretativas efectuadas por la República Argentina al momento de la ratificación y la aplicación e interpretación que realizan los organismos internacionales responsables de su aplicación.

### 3.3.b El significado de "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos"

Para entender el significado de esta frase debemos recordar que la ley de reforma constitucional expresamente prohibía la modificación de la primera parte de la Ley Suprema. De allí que el constituyente, al otorgar jerarquía constitucional a una serie de tratados, se viera en la necesidad de aclarar que esto no implicaba la modificación de la primera parte de la Constitución Nacional, que le estaba expresamente vedada.

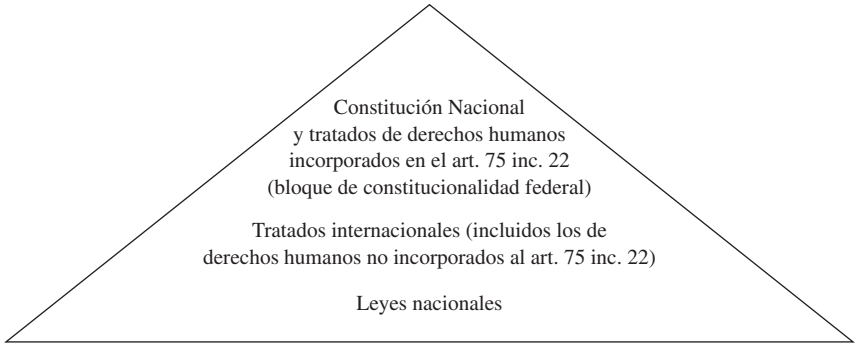
No obstante, fue la propia Corte Suprema de Justicia la que nuevamente nos proveyó una interpretación para la voluntad del legislador constituyente. Así, en las causas Chocobar contra ANSES[14] y Monges contra Universidad de Buenos Aires,[15] la CSJN afirmó que la frase "indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir".

En síntesis, la frase se convierte en una pauta interpretativa que indica al poder judicial (poder constituido) que nunca podrá interpretarse que existe contradicción normativa entre la Constitución Nacional y un tratado de derechos humanos con jerarquía constitucional. La única interpretación habilitada por mandato del poder constituyente es la complementariedad, estando vedada las interpretaciones que sostengan que un tratado con jerarquía constitucional ha derogado la Constitución Nacional o las interpretaciones que sostengan que un tratado con jerarquía constitucional es inconstitucional.

14. CSJN, 27/12/1996, T. 319, p. 3241.
15. CSJN, 26/12/1996, T. 319, p. 3148.

## 4. La pirámide jurídica argentina actual

Veamos entonces cómo queda configurada la pirámide jurídica argentina conforme el art. 75 inc. 22.




## Bibliografía

AAVV: *Derecho Constitucional*. Manili, Pablo Luis (coord.), Buenos Aires, Errepar, 2014.

Barboza, Julio: *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, Zavalía, 2008.

Bazán, Víctor: "El Derecho Internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de Derechos Humanos", en *La Ley*, Sup. Const. 2010 (agosto), 05/08/2010, 1.

Bidart Campos, Germán: *Manual de la Constitución Reformada*.

Colautti, Carlos E.: "Los Tratados Internacionales y la reforma de la Constitución", en *La Ley* 1994-D, 1145.

Ekmekdjian, Miguel Ángel: *Manual de la Constitución Argentina*. Abeledo-Perrot, 2007.

García Belsunce, Horacio A.: "Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución Nacional". Comunicación efectuada por el Académico Titular Dr. García Belsunce en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, en la sesión plenaria del 24 de abril de 2006.

Haro, Ricardo: *Curso de Derecho Constitucional Argentino*. Córdoba, Advocatus, 2003.

Hitters, Juan Carlos: "Reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los Tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia (Vista por un Convencional Constituyente)".

Pagliari, Arturo Santiago: *Derecho internacional y derecho interno. El sistema constitucional argentino*.

# Capítulo XVI
# Crímenes en el derecho internacional

*Sabrina Nahir Dentone*

El andamiaje jurídico del derecho internacional público comienza a consolidarse más fuertemente en el año 1945 con la formación de las Naciones Unidas.[1] Esta organización internacional fundada por las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial nace con el claro objetivo de condenar los crímenes cometidos por el nazismo durante la guerra y reorganizar a la comunidad internacional bajo la nueva hegemonía configurada por la bipolaridad.

Si bien la historia de la humanidad registra numerosos casos de violaciones masivas a los derechos de las personas, no es sino hasta la consumación del Holocausto que se plantea la necesidad de construir acuerdos políticos entre países que den lugar a convenciones internacionales que tipifiquen y postulen sanciones por los crímenes cometidos por el régimen nazi.

Es así que el acuerdo logrado por parte de la comunidad internacional sobre determinados valores e intereses comunes que han de ser prioritariamente protegidos para garantizar la dignidad del ser humano –la seguridad y la paz internacionales, fundamentalmente– derivaron en el establecimiento de reglas de derecho internacional que proscriben determinadas conductas conocidas como "crímenes de derecho internacional".

Entre las conductas prescriptas por dichas normas se destacan el genocidio y los crímenes de lesa humanidad por ser objeto de particular condena y reproche.

En este capítulo, detallaré la evolución histórica y las principales características de cada uno de estos delitos.

## Crímenes de lesa humanidad

La Convención referente a las leyes y costumbres de la Guerra Terrestre, suscripta en La Haya el 29 de julio de 1899, fue el primer instrumento internacional que hizo referencia a los crímenes de lesa humanidad, aunque no de modo directo.

1. La ONU fue fundada oficialmente el 24 de octubre de 1945 en San Francisco (California, EEUU).

Concretamente, la denominada "cláusula Martens"[2] incorporada al preámbulo de la Convención disponía:

> Hasta que un Código más completo de las leyes de guerra se emita, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no incluidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública.

Este instrumento hace expresa referencia a que la sanción de los crímenes de guerra deja de ser responsabilidad exclusiva de las jurisdicciones locales para constituir un reproche por parte del derecho penal internacional.

Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, las potencias aliadas crearon los Tribunales de enjuiciamiento de Núremberg y Tokio, que constituyen el primer antecedente de justicia penal internacional, de cuya elaboración teórica surge una gran parte de los conceptos del derecho penal internacional hegemónicos en la actualidad.

Así, la noción de "crimen contra la humanidad" se recogió en Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, establecido el 8 de agosto de 1945 por el Reino Unido, Francia, EE.UU. y la URSS en virtud de la urgente necesidad internacional de avanzar en el juzgamiento de los atroces crímenes cometidos por el nazismo. Posteriormente, el crimen contra la humanidad se incorporó también al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio, el 19 de enero de 1946.

Como se dijo, Núremberg y Tokio constituyen los primeros antecedentes en la creación de Tribunales internacionales Ad Hoc. Posteriormente, la historia registra otros casos de enjuiciamiento internacional, tales como el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Tras la caída del Muro de Berlín, en 1989, comenzó en Europa del Este un prolongado período de conflictos políticos que desembocaron en numerosas guerras, en el marco de las cuales se cometieron crímenes contra la humanidad.

El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia[3] fue creado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el marco de la competencia asignada

2. La cláusula tomó ese nombre debido a que fue formulada por el jurista ruso Fiodor Martens, diplomático representante de Rusia en las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907.
3. Creado por el Consejo de Seguridad de ONU, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991. Su marco de actuación estuvo delimitado por el Estatuto internacional adoptado mediante resolución 827 del 25 de mayo de 1993.

en el Capítulo 7 de la Carta para el enjuiciamiento de los responsables de las violaciones al Derecho Internacional Humanitario perpetradas en los territorios de la ex-Yugoslavia. Tiene un Estatuto que regula sus competencias y modalidades de funcionamiento.

En el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, del 25 de mayo de 1993, se especifica:

> Crímenes de lesa humanidad. El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos.

Como podemos observar, la definición del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia dispone que solamente son crímenes contra la humanidad los que se cometen contra la población civil *durante un conflicto armado, interno o internacional.* No establece que deba existir un nexo entre el acto y el conflicto armado, pero sí que se produzca *durante el conflicto*. Tal requisito de comisión en el marco de un conflicto armado aparecía ya en el Estatuto de Núremberg. Por consiguiente, el Consejo de Seguridad, al aprobar el Estatuto para la ex-Yugoslavia, aplicó un criterio restrictivo del concepto de crimen contra la humanidad. Pero a partir de entonces la tendencia fue hacia la prohibición de los crímenes contra la humanidad, independientemente de que se cometieran en el marco de conflictos armados, es decir que progresivamente fue dejándose de lado la restricción.

Asimismo, como consecuencia del genocidio perpetrado en Ruanda, fue creado el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, del 8 de noviembre de 1994, en su artículo 3 señala:

> Crímenes de lesa humanidad. El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) Homicidio intencional; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos.

Es decir, que en el Tribunal para Ruanda se incorporan, respecto del Tribunal de la ex-Yugoslavia, las razones del crimen, además de las conductas.

Ahora bien, como hemos estudiado en capítulos anteriores de este libro, el Tribunal Penal Internacional –o Corte Penal Internacional – es el Tribunal de Justicia permanente encargado del juzgamiento de crímenes del derecho penal internacional. Su funcionamiento se encuentra regido por el Estatuto de la Corte Penal Internacional –o Estatuto de Roma– que es el instrumento en el cual se plasma finalmente la definición de crimen de lesa humanidad, que como vimos fue construyéndose lentamente a lo largo del tiempo.

El Estatuto de Roma fue adoptado en la capital italiana –de allí su nombre– el 17 de julio de 1998, en la "Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional". Fue aprobado en nuestro país mediante la Ley Nº25.390, el 30 de noviembre de 2000 y ratificado el 26 de enero de 2001. Asimismo, se sancionó el 13 de diciembre de 2006 –y fue promulgada de hecho el 5 de enero de 2007– la Ley Nº26.200 de implementación del Estatuto de Roma.

Con relación a los delitos de lesa humanidad, el Estatuto de Roma establece: "A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque…" (artículo 7 inciso 1). Es decir, para que un acto grave pueda considerarse delito de lesa humanidad, deben concurrir los elementos de generalidad y sistematicidad. El crimen tiene que ser cometido contra la población civil, aunque no necesariamente contra toda la población de un país en particular, una región o una comunidad. Así, la Cámara de Procesamiento del Tribunal de Crímenes de Guerra cometidos en la ex-Yugoslavia, determinó como crímenes contra la humanidad aquellos que "afectan directamente a la población civil específicamente identificada como un grupo por los perpetradores de tales actos". Además, estos crímenes pueden ser cometidos en contra de cualquier población civil, de cualquier nacionalidad. Sirva a modo de ejemplo la condena del Tribunal de Núremberg a funcionarios estatales por crímenes de lesa humanidad cometidos por ellos contra sus connacionales.

El ataque generalizado implica que los actos graves estén dirigidos contra un número indeterminado de víctimas, es decir, contra una multiplicidad de personas. Este requisito excluye la acción llevada adelante por un autor por su propia iniciativa y dirigido contra una sola víctima.

El Estatuto de Roma aclara en el punto 2.a que "por ataque contra una población civil se entenderá una línea de conducta que implique la *comisión múltiple* de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, *de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política*".

El que los actos se cometan de forma *sistemática* quiere decir que son aquellos cometidos como parte de un plan o política preconcebidos, excluyéndose

los actos cometidos al azar. Dicho plan o política puede estar dirigido por gobiernos o por cualquier organización o grupo análogo. Sobre este punto es necesario detenerse: ¿qué grupos u organizaciones pueden asimilarse analógicamente a los estados? ¿Qué tipo de organizaciones conocemos que tengan capacidad de ejercer control territorial sobre una población y asimismo tengan el monopolio de la fuerza física?

Es de suponer entonces que la ambigüedad con la que está redactada la norma tiene como propósito dejar la puerta abierta a la posibilidad de aplicar la figura jurídica del crimen de lesa humanidad para criminalizar acciones llevadas adelante por otros grupos u organizaciones no estatales. Sin embargo, desde la perspectiva de los derechos humanos el único sujeto de derecho obligado a respetar y no cometer violaciones a los derechos humanos es el Estado.

El plan sistemático no necesariamente debe estar explicitado o declarado formalmente, pero debe poder inferirse del análisis del contexto en el cual se cometen los hechos.

### *Actos que constituyen crímenes contra la humanidad*

La definición de *delito de lesa humanidad* fue modificándose progresivamente; sin embargo, desde las aproximaciones a definir el delito implícitas en el Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg hasta las prescripciones del Estatuto de Roma existe un consenso generalizado acerca de los tipos de actos inhumanos[4] que constituyen crímenes contra la humanidad.

Constituyen crímenes contra la humanidad *el genocidio, el apartheid y la esclavitud*, la práctica sistemática o a gran escala del asesinato, la tortura, las desapariciones forzadas, la detención arbitraria, la reducción a estado de servidumbre, los trabajos forzosos, las persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos, las violaciones sexuales y otras formas de abusos sexuales, la deportación o traslado forzoso de poblaciones con carácter arbitrario, tal como plantea el art. 7 inc. 1 del Estatuto de Roma:

a. Asesinato;
b. Exterminio;
c. Esclavitud;
d. Deportación o traslado forzoso de población;

4. Utilizamos el concepto de 'actos inhumanos' debido a que así lo prescribe el Estatuto de Roma; sin embargo considero inapropiada la terminología empleada en la convención, ya que les otorga un rasgo de "monstruosidad" por fuera de lo humano, cuando los actos cometidos en el marco de estos crímenes son llevados adelante por seres humanos.

e. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
f. Tortura;
g. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
h. Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
i. Desaparición forzada de personas;
j. El crimen de apartheid;
k. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Asimismo, el inc. 2 del artículo 7 de Estatuto de Roma elabora una interpretación de los términos acuñados en el inc. 1.

*Delitos de lesa humanidad en la Argentina*

En nuestro país, los crímenes cometidos en el marco del Terrorismo de Estado implementado por el golpe militar del 24 de marzo de 1976, por su importancia y gravedad han ameritado su calificación como delitos de lesa humanidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos Arancibia, Clavel Lautaro (327:3312) y Simón, Julio Héctor y otros (328:2056). No obstante ello, existe en la actualidad un importante debate que se manifiesta con mucha fuerza en el ámbito académico, pero también y sobre todo en los Tribunales Orales Federales Argentinos en los cuales se está avanzando en el juzgamiento de los crímenes cometidos en el marco de la última dictadura militar respecto de la calificación legal a asignarse a los delitos perpetrados. Sobre este tema, volveremos en detalle más adelante.

*El delito de tortura en el derecho internacional*

Tal como se explicó más arriba, la tortura constituye un delito de lesa humanidad, conforme el artículo 7 del Estatuto de Roma. El derecho a no ser torturado

fue reconocido desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, por las organizaciones internacionales y regionales de protección y promoción de los derechos humanos. Específicamente las Naciones Unidas, mediante Resolución 3452 de 9 de diciembre de 1975, promulgaron la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Unos años después, también en el ámbito de Naciones Unidas, fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Su entrada en vigor fue el 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27[5]. Este instrumento internacional define la tortura en su artículo primero:

> 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas. 2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

Es requisito de la tipificación de la conducta jurídica (tortura) que los actos sean cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Es decir, que los sujetos activos de la comisión de este delito, para la Convención, son siempre funcionarios estatales.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes fue aprobada en nuestro país mediante la Ley 23.338 sancionada el 30 de julio de 1986, promulgada el 19 de agosto del mismo año y publicada en el Boletín Oficial con fecha 26 de febrero de 1987.

5. Artículo 27.1. "La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas".

Asimismo, con la reforma constitucional de 1994 se le otorgó jerarquía constitucional por lo que conforma el denominado "bloque de constitucionalidad federal" por su incorporación al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas incluyó el delito de tortura en los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda (arts. 5 y 3, respectivamente), donde además fueron especificados los procedimientos para el enjuiciamiento de tales actos.

El 15 de noviembre de 2004 el Estado Nacional depositó el instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

El artículo 17 de dicho Protocolo dispone que cada Estado Parte mantendrá, designará o creará, a más tardar un año después de la entrada en vigor del mismo o de su ratificación o adhesión, uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional. Es así que, en cumplimiento de la obligación impuesta por el Protocolo, fue sancionada el 18 de noviembre de 2012 la Ley Nº26.827 por la cual se crea el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes, cuyo objeto conforme el artículo 1º es garantizar todos los derechos reconocidos tendientes a la prevención y prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Mediante el Decreto 465/2014 del 9 de abril de 2014 fue reglamentada la referida ley. La ratificación de las convenciones en la materia así como también la creación del Sistema Nacional de Prevención de Torturas y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes responde al cumplimiento de las obligaciones contraídas internacionalmente por el Estado Argentino. Es decir, cuando el Estado Argentino ratifica una convención internacional se obliga al cumplimiento de las disposiciones que esa convención contiene.

### *Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad*

¿Qué significa que un delito sea imprescriptible? La regla general es que la persecución penal en miras de determinar la responsabilidad por una conducta antijurídica tenga un plazo cierto de finalización. Como plantea Marcelo Ferreyra:

> La imprescriptibilidad surge históricamente como intento de evitar la impunidad de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de un vasto movimiento de opinión mundial que, a partir de la década del 60, comenzó a bregar para que no se aplicaran los plazos de prescripción común en tales supuestos. Nace entonces como norma de Derecho Consuetudinario Internacional –o bien como

> Principio de Derecho Internacional generalmente reconocido, que posteriormente cristaliza en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.[6]

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 2391 del 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.[7] En la República Argentina esta Convención fue aprobada mediante la Ley Nº24.584 y además tiene rango constitucional por medio de la Ley Nº25.778 promulgada mediante Decreto Nº688/2003 de fecha 25 de marzo de 2003. Es decir que forma parte también, al igual que los instrumentos consignados en el artículo 75 inc. 22 de la CN del denominado "bloque de constitucionalidad federal". Su artículo 1º define:

> Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:
> a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;
> b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

6. Marcelo Ferreyra, "Crímenes de lesa humanidad: fundamentos y ámbito de validez", en Gordillo y Flax, *Derechos Humanos*. 6ª edición. Buenos Aires, FDA, 2007.
7. "Art. VIII. 1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión".

El fundamental aporte de esta Convención internacional radica en establecer que tanto los crímenes de guerra como los de lesa humanidad no prescriben, es decir que puede perseguirse su juzgamiento, independientemente del tiempo transcurrido desde su comisión. El poder punitivo del Estado no encuentra límite temporal a la hora de establecer las responsabilidades penales derivadas de la comisión de estos hechos ilícitos. Esta particular característica se encuentra establecida por la gravedad de este tipo de delitos que hacen que a la comunidad internacional le preocupe evitar que queden impunes, por considerar que la comisión de estas conductas es un ofensa a la humanidad en su conjunto.

## Genocidio

Si bien puede establecerse que existieron aniquilamientos de poblaciones enteras como consecuencia de conquistas militares en las épocas más remotas de la historia de la humanidad, es posible establecer que el concepto de genocidio es un concepto moderno que comenzó a ser discutido en términos teóricos a partir de los crímenes cometidos por el nazismo en el marco de la Segunda Guerra Mundial.

El jurista polaco Raphael Lemkin introduciría el concepto de "genocidio" a partir del vocablo griego *genos* (raza, tribu, nación) y de la raíz latina *cide* (matar).[8]

Es el Acta de Acusación del 8 de octubre de 1945 ante el Tribunal Internacional de Núremberg el primer instrumento internacional en el que utilizó la expresión 'genocidio' para calificar las conductas llevadas adelante por los principales responsables de los crímenes cometidos durante la guerra. Allí se expresó: "[…] el genocidio deliberado y sistemático, es decir, el exterminio de grupos raciales y nacionales de la *población civil de ciertos territorios ocupados con el fin de destruir determinadas razas o clases de la población y grupos nacionales, raciales o religiosos*".

Luego, las Naciones Unidas mediante la Resolución 96 del 11 de diciembre de 1946 convocaron a los estados miembros a reunirse a los efectos de definir este nuevo tipo penal; allí se estableció:

> El genocidio es una negación del derecho a la existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir: tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la

8. Para la definición de Raphael Lemkin, véase Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington DC, Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

> humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos, y es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas. Muchos crímenes de genocidio han ocurrido al ser destruidos completamente o en parte grupos raciales, religiosos, políticos y otros. El castigo del crimen del genocidio es cuestión de preocupación internacional.

Con estos antecedentes la ONU aprobó la Convención para la Sanción y Prevención del delito de Genocidio en su III Asamblea General el 9 de diciembre de 1948.[9] Su artículo segundo define el delito de genocidio y sus requisitos del siguiente modo:

> En la presente Convención, se entiende por Genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:
> a) Matanza de miembros del grupo;
> b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
> c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
> d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
> e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

*Elementos del crimen de genocidio*

La Convención contempla los cinco elementos objetivos de la acción, los que están descriptos en la enumeración del artículo II y un elemento o requisito de carácter subjetivo, que consiste en que la acción debe realizarse con la "intención de destruir al grupo total o parcialmente". Este último elemento del crimen de genocidio –denominado dolo específico– implica entonces la intención de destruir total o parcialmente a un grupo determinado como tal y ha sido identificado por la jurisprudencia nacional e internacional así como por la doctrina internacional como aquel que determina la naturaleza internacional y especialísima de este crimen.

Se requiere no solo que el actor realice la conducta de manera intencional sino que además es necesario que tenga la intención específica de cometer la conducta buscando la destrucción total o parcial de uno o más de los grupos señalados en la descripción típica del crimen.

9. Aprobada por la República Argentina mediante Decreto Ley Nº6286 del 9 de abril de 1956 y con jerarquía constitucional desde la reforma de nuestra Carta Magna en 1994.

Es muy importante distinguir entre "la intención de destruir al grupo total o parcialmente", es decir, la determinación positiva de hacerlo, y los motivos de dicha intención. Para que se configure el tipo genocida, basta la intención de destruir al grupo, cualquiera sea el motivo. Por ejemplo, si el motivo por el cual se intenta destruir a un grupo étnico no es de carácter racista, sino solo militar, igualmente se configura el delito de genocidio.

Sujeto pasivo: la Convención señala como grupos protegidos a los grupos étnicos, nacionales, raciales y religiosos. En la definición de estos grupos confluyen elementos subjetivos y objetivos. Así, un grupo racial, nacional, religioso o étnico, es aquel que se identifica como tal –elemento subjetivo o identidad– y que, a la vez, es percibido por el resto de la sociedad como distinto debido a determinadas características comunes, como la historia, la lengua, los rasgos físicos, la práctica de una religión, la ubicación en un territorio específico o determinadas pautas de comportamiento.

### *La aplicación de Estatuto de Roma o la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en el caso de la última dictadura militar argentina. Debates*

Como se dijo más arriba, en la Argentina, tras la anulación de las leyes de obediencia debida y punto final y con las reaperturas de las causas por el juzgamiento de los crímenes cometidos por las fuerzas armadas y de seguridad en el marco de la última dictadura cívico-militar, se inició un fuerte debate respecto de cómo calificar jurídicamente, conforme el derecho internacional, los crímenes cometidos.

En el plano estrictamente jurídico, para estos debates fueron utilizados los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. Los más relevantes de ellos en esta materia son el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 (conocido como Estatuto de Roma) y la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

Ya desde la primera sentencia dictada en 2006 en la denominada "Causa Etchecolatz" el Tribunal Oral Federal N°1 de La Plata condenó "en el marco del genocidio" por los crímenes de los que fuera responsable Miguel Etchecolatz, jefe de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. Sin embargo en la causa conocida como "Simón", el Tribunal Oral Federal (TOC) N°5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no entró en el debate planteado, sino que condenó por delitos de lesa humanidad solamente.

Uno de los principales argumentos esgrimidos por el cual los tribunales suelen rechazar la calificación de genocidio tiene que ver con la ausencia de la tipificación del delito de genocidio en nuestro código penal. Efectivamente, la

República Argentina, a pesar de haber firmado la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en 1956, aún no lo ha tipificado,[10] por lo que el delito de genocidio no se encuentra incorporado a nuestro derecho interno. Tomando este argumento, algunos tribunales desdeñan la calificación por no revestir ninguna diferencia en las penas en concreto.

Este argumento también ha sido rebatido por diversos tribunales y por diversos trabajos académicos, centralmente con el argumento de que aunque efectivamente el delito de genocidio no reviste penas específicas en el Código Penal, tampoco están tipificados con delitos específicos los delitos de lesa humanidad, por lo que en uno y otro caso deben analogarse a los delitos tipificados al momento de los hechos.

A su vez, las acciones materiales antijurídicas que constituyen el delito de genocidio, conforme el plan sistemático llevado adelante por las fuerzas armadas y las fuerzas de seguridad en nuestro país (privaciones ilegales de la libertad, tormentos, sustracción de menores, homicidios, violaciones, etc.), constituyen conductas típicas sancionadas en el Código Penal Argentino, dado lo cual no resulta sólido el argumento empleado para el rechazo de la calificación de genocidio solicitada por las partes acusadoras.

El Estado Argentino no puede alegar como causa justificante legítima la no incorporación al derecho doméstico del tipo penal genocidio, para incumplir con la obligación contraída internacionalmente de juzgar los crímenes del derecho penal internacional cometidos durante la última dictadura cívico militar en nuestro país.[11]

Por último, pero no por ello menos importante, cabe poner de relieve que las teorías dualistas respecto de la articulación y armonización entre el derecho internacional y el derecho interno que dieron lugar a intensos debates académicos y jurisprudenciales fueron abandonadas con la reforma constitucional de 1994. Razón de más para establecer que este argumento carece totalmente de asidero.

Otro de los argumentos utilizados para denegar la calificación jurídica de genocidio, y el que probablemente posee más riqueza y profundidad en la argumentación, en uno y otro sentido, es el que establece que el grupo atacado en el caso argentino no es ninguno de los grupos protegidos por la Convención en su artículo II.

El debate en nuestro país se divide entre los tribunales que entienden que el grupo atacado en el caso argentino sería un grupo definido por su identidad

10. El Anteproyecto de reforma del Código Penal Argentino de 2014 prevé en el primer título de la parte especial, bajo la denominación "Delitos contra la Humanidad", la tipificación del delito de genocidio. Art. 64 (Correlaciones: art. 70º Anteproyecto 2006).
11. Ponencia presentada por Sabrina Dentone y Malena Sylveira en el Congreso Internacional sobre Genocidio. Facultad de Derecho, UBA, agosto 2015.

política, por lo que no correspondería a uno de los grupos definidos por la Convención y, por otro lado, otro conjunto de tribunales que sostienen que el grupo atacado en el caso argentino es el grupo nacional, mediante la destrucción de una parcialidad del mismo.

En este sentido, coincidimos con el análisis desarrollado por el Dr. Marcelo Ferreyra, que plantea que el grupo atacado es definido subjetivamente por el agresor:

> Afirmo que, en el caso del genocidio, el grupo de víctimas no es verificado objetivamente –a partir de un dato constante de la realidad–, sino construido subjetivamente, merced a una operación intelectual. El grupo no preexiste "como tal", sino que es siempre construido por el represor, que traza un círculo sobre determinadas personas, con algún criterio, al modo del animal predador que acecha a su presa. El genocida construye al grupo. Cualquier grupo de personas puede ser víctima de un genocidio.[12]

Otra interpretación jurídica posible al respecto, desarrollada en muchos de los procesos de juzgamiento de los delitos cometidos durante el terrorismo de estado, es la que considera que el grupo atacado fue un grupo nacional y por lo tanto forma parte de uno de los cuatro grupos protegidos por la Convención. Algunos tribunales rechazaron esta interpretación argumentando que el grupo agresor y el grupo atacado fueron de la misma nacionalidad y que por ello no puede *entenderse que el ataque obedeció a la pertenencia al grupo*. Sin embargo, dentro de la misma nacionalidad hay diferencias sustantivas que se verifican en la materia de disputa (proyectos de país antagónicos) que ocasionó el terrorismo de Estado, tal como veremos en el capítulo siguiente.

En la actualidad, las sentencias se dividen entre aquellas que no tratan en particular el tema a pesar del pedido de las querellas o de los distintos acusadores que intervienen en los procesos penales (Secretarías de Derechos Humanos de la Nación y/o de la Provincia de Buenos Aires, Fiscalías, entre otras), las que establecen que puede considerarse el proceso vivido en nuestro país como un genocidio en términos históricos o sociológicos pero no jurídicos, y aquellas, muy pocas todavía, que condenan por el delito internacional de genocidio.

Es así que el TOF N°1 de la Plata dictó sentencia el 19 de octubre de 2015 en la causa Nº17/2012/TO1, caratulada "Vañek, Antonio y otros s/ infracción al artículo 144 bis inc. 1º", para cinco ex miembros de la Armada y otros tres integrantes de la Prefectura Naval Argentina de la zona del Río de la Plata, por

12. Marcelo Ferreira, "El genocidio y su caracterización como eliminación parcial de grupo nacional", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año II, Nº8, septiembre 2012, Buenos Aires, La Ley, pp. 84-99.

considerarlos coautores del delito de genocidio durante su participación en el grupo o fuerzas de tareas número 5, una estructura que secuestró, torturó, desapareció y asesinó a obreros del polo petroquímico de Berisso y Ensenada durante la última dictadura cívico-militar. Los imputados fueron hallados culpables de delitos tales como coautoría del genocidio, desaparición de personas, homicidios doblemente calificados, tormentos y privaciones ilegales de la libertad agravadas por la condición de perseguidos políticos de las víctimas.

Las sentencias dictadas en nuestro país por numerosísimos Tribunales Orales desde el 2006 a la actualidad, independientemente de la terminología jurídica empleada y de la aplicación de las distintas categorías jurídicas analizadas, explican qué ocurrió en nuestro país, y configuran un modo de representarnos en el presente los hechos del pasado reciente de nuestra nación. La contribución fundamental de este proceso de juzgamiento radica en los aportes que las resoluciones judiciales pueden hacer en la construcción de una "verdad histórica" que permita la elaboración de lo ocurrido al tiempo que nos abra la posibilidad de construir una sociedad que recupere aquellas relaciones sociales obstruidas, que pueda poner fin a años de impunidad, que nos permita interpelarnos como sociedad y sobre todo respecto de los modos en que soñamos el futuro.

## Bibliografía

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

Estatuto de Roma.

# Capítulo XVII
# Genocidio argentino

*Sabrina Nahir Dentone*

El terrorismo de Estado[1] en nuestro país tuvo su máxima expansión en el período comprendido entre los años 1976-1983; sin embargo incurriríamos en un grave error histórico si no analizáramos los procesos sociopolíticos atravesados por nuestro país, desde su independencia en adelante, que hicieron posible la instauración de la última dictadura cívico-militar.

El objetivo de incorporar al sistema capitalista el territorio americano demandó desde principios del siglo XV un proceso de concentración para lo cual fue indispensable la expropiación violenta de territorios. En primer lugar a través de la conquista y colonización encabezadas en nuestras latitudes por los reinos de España y Portugal[2] y posteriormente por la concentración de tierras en manos de la oligarquía terrateniente.

Tal como lo relatara Carlos Marx al referirse al proceso de a*cumulación originaria del capital*,[3] la violencia es siempre un mecanismo para instalar el régimen del capital.

En nuestro país esa violencia se manifestó expresamente en la apropiación de tierras a la población rural.

En Argentina, la expansión de la clase trabajadora configura un movimiento obrero que progresivamente irá cambiando la hegemonía política y social desde las corrientes anarquistas, socialistas y comunistas hacia el peronismo.

La acumulación política de las clases subalternas pondrá límites a la acumulación económica hacia mediados de los años 70 y serán las clases dominantes

1. "Se usa esta denominación para demarcar un modelo estatal contemporáneo que se ve obligado a transgredir los marcos ideológicos y políticos de la represión 'legal' (la consentida por el marco jurídico tradicional) y debe apelar a 'métodos no convencionales', a la vez extensivos e intensivos, para aniquilar a la oposición política y la protesta social, sea ésta armada o desarmada". Cf. Miguel Bonasso, *Terrorismo de Estado*, Navarra, Txalaparta, 1990, pp. 9-10.
2. Los historiadores estiman que el número de víctimas ascendió a 60 millones en los dos primeros siglos de la colonización.
3. Karl Marx, *El Capital*. Tomo I, Sección 7, 1959.

las que formularán su proyecto de reestructuración económica de la sociedad argentina como parte de esa ofensiva global del capital contra el trabajo, para lo cual resultó inevitable la aplicación del terrorismo de Estado.

Volveremos más adelante sobre las causas y consecuencias de la implementación de la última dictadura militar en nuestro país.

Uno de los principales aportes del filósofo y periodista italiano Antonio Gramsci es superar una visión simplista, meramente instrumental y limitada del Estado, y proponerse pensarlo no solo como una institución sino como un complejo de relaciones sociales de dominación en donde siempre hay colisión y consenso, apoyos populares y represión.

Gramsci establece un criterio metodológico para el estudio de la hegemonía de la clase dominante. Así, en su análisis carcelario sobre el *Risorgimento* italiano, dirá: "La supremacía de un grupo social se manifiesta de dos modos, como 'dominio' y como 'dirección intelectual y moral'".[4]

"El concepto de hegemonía, entonces, no se puede comenzar a discutir si no se vinculan estos dos conceptos anteriores a la reflexión m*ás* profunda de Gramsci. Con este concepto que empieza a incorporar a las clases que no solo dominan, también dirigen; no solo aplastan, también convencen; no solo reprimen, también seducen."[5]

El Estado en la Argentina, tal como se ha puesto de manifiesto en el sucinto análisis histórico desarrollado, ha sido siempre una determinada proporción de consenso y represión. Detrás del ciclo de los golpes de Estado que se sucedieron desde la conformación del Estado-nación hubo siempre una relación permanente de dominación.

La supremacía de una clase aparece como un momento sintético que unifica la hegemonía y la dominación, el consenso y la coerción, la dirección y la dictadura en el Estado.

Es así entonces que, para Gramsci, las clases dominantes ejercerán su poder por medio de la coacción, pero además imponiendo su visión del mundo a las clases dominadas, sentido común de las clases dominantes que es internalizado por las dominadas como propio, consolidando de este modo la dominación de unos sobre otros.

A modo de ejemplo, el derecho para Gramsci es uno, entre muchos otros, de los factores de construcción de consenso, en tanto las leyes, a la par que coaccionan el cumplimiento (o la omisión) de conductas, expresan ciertos valores sociales, ciertos modos de comportamiento, socialmente aceptados.

4. Antonio Gramsci, *Cuadernos de la Cárcel*, volumen 5, Ed. Eras, 2012, p. 387.
5. Intervención de José Ernesto Schulman, exdetenido desaparecido, secretario general de la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, en la charla de presentación de la Cátedra Antonio Gramsci de la Escuela Nacional de Cuadros "Alberto Cafaratti", del Partido Comunista Argentino, en la Facultad de Ciencias de la Educación de Paraná, Entre Ríos, el 12 de septiembre de 2003.

> El derecho no expresa toda la sociedad (para la cual los violadores del derecho serían seres antisociales por naturaleza o disminuidos psíquicos), sino la clase dirigente, que "impone" a toda la sociedad las normas de conducta que están m*ás* ligadas a su razón de ser y a su desarrollo. La función m*áxima* del derecho es la de presuponer que todos los ciudadanos deben aceptar libremente el conformismo por él señalado, en cuanto todos pueden transformarse en elementos de la clase dirigente. […] Este carácter educativo, creador, formativo del derecho, no fue suficientemente puesto de relieve por ciertas corrientes intelectuales.[6]

La lógica de la articulación entre coerción y consenso demanda necesariamente la elaboración de sentidos, valores, prácticas y discursos legitimadores de las prácticas represivas: *no hay genocidio sin un sentido común que sirva como fundamento para justificar el horror*.

Es así que existió en el caso argentino la construcción de un enemigo que resultó funcional a los efectos de legitimar las atrocidades cometidas por los miembros de las fuerzas represivas de todos los tiempos. Primero la construcción de un "otro negativo", y luego el exterminio de ese "otro negativo".[7]

El genocidio de los pueblos estuvo siempre presente desde la época de la conquista. El paso de la colonia a la "vida independiente" no modificó ese rasgo político, cultural y social sobre el cual se asienta el despojo de las tierras de los pueblos originarios y sus descendientes, a excepción de un pequeño período de emancipación iniciado en 1810 que se caracterizó por políticas que hoy podríamos llamar de "tinte progresista" que guiaron la incipiente formación estatal, tales como la supresión de la mita y el yanaconazgo (formas de esclavitud de la época colonial), el respeto a la población originaria existente y el fin de la política eclesiástica inquisitoria, entre otras.

La sanción del texto de la Constitución Nacional de 1853 fue un hito en el conflictivo proceso de consolidación del Estado-nación argentino, tanto por luchas políticas internas que expresaron distintos proyectos de país, como por las diversas visiones acerca del modo de inserción en el capitalismo internacional. En ese marco, la discusión respecto de las fronteras territoriales así como qué se hace con ese territorio produjo la emergencia de un nuevo genocidio sobre los pueblos originarios.

El despojo de tierras en manos de pobladores originarios recibió el nombre de "Conquista del Desierto", de hecho el nombre asignado a esta operación a gran

6. Antonio Gramsci, *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado Moderno*, Ed. Nueva Visión Argentina, 2001, p. 169.
7. "Otredad negativa" es un concepto que utiliza Daniel Feirstein (2007) para referirse a la demarcación de un "otro" como un sujeto caracterizado negativamente como diferente.

escala de terrorismo de Estado no es azaroso, el exterminio de miles de pobladores originarios se llevó adelante bajo la idea de que aquello era un desierto, ahogado en sus potencialidades de desarrollo por la presencia de ese "otro" originario, distinto en sentido negativo, inferior, al cual se le negó su condición humana y se lo asimiló a un animal salvaje.

A modo de ejemplo esclarecedor del carácter genocida de la denominada "Campaña del Desierto" reproduzco un fragmento de la época del diario porteño *El Nacional*:

> Llegan los indios prisioneros con sus familias. La desesperación, el llanto no cesa. Se les quita a las madres indias sus hijos para en su presencia regalarlos a pesar de los gritos, los alaridos y las súplicas que hincadas y con los brazos al cielo dirigen las mujeres indias. En aquel marco humano, unos indios se tapan la cara, otros miran resignadamente el suelo, la madre india aprieta contra el seno al hijo de sus entrañas, el padre indio se cruza por delante para defender a su familia de los avances de la civilización.[8]

Resultan ilustrativas también del carácter racista y genocida de la campaña las palabras ante el Congreso de la Nación de Julio Argentino Roca, quien encabezara la etapa más confrontativa de la campaña, además de coronarse como beneficiario de 65.000 hectáreas de tierra: "La ola de b*árbaros* que ha inundado por espacio de siglos las fértiles llanuras ha sido por fin destruida […] el éxito más brillante acaba de coronar esta expedición dejando así libres para siempre del dominio del indio esos vastísimos territorios que se presentan ahora llenos de deslumbradoras promesas al inmigrante y al capital extranjero".[9]

Con la Campaña del Desierto se produjo el retorno de la esclavitud, abolida por la Asamblea del año 1813. Tal como lo demuestran diversos avisos publicados en diarios de la época, a modo de ejemplo el diario *El Nacional* del 31-XII-1878 tituló "Entrega de indios", Y como texto: "Los miércoles y los viernes se efectuará la entrega de indios y chinas a las familias de esta ciudad, por medio de la Sociedad de Beneficencia".

Así es que finalizada la Campaña del Desierto, se entregaron miles de hectáreas a estancieros, miembros de la Sociedad Rural, conformándose de este modo un nuevo bloque de poder dominante integrado por la burguesía agraria y las clases dominantes del interior del país. Comenzará entonces el dominio del latifundio, luego de que después del exterminio de los pueblos del sur se repartan 41 mi-

8. Diario *El Nacional de Buenos Aires*, 31 de diciembre de 1878.
9. Discurso de Julio Argentino Roca en 1879 ante el Congreso de la Nación, al finalizar su "Campaña al Desierto" https://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-145745-2010-05-16.html

llones de hectáreas a 1843 terratenientes. Al presidente de la Sociedad Rural –la misma que sigue hoy representando a los estancieros–, José María Martínez de Hoz, el bisabuelo directo del Martínez de Hoz que fue ministro de Economía de la última dictadura militar, se le entregaron nada menos que 2.500.000 hectáreas.

Otro de los factores decisivos de la conformación de este nuevo bloque dominante fue la emergencia de una organización estatal. En palabras de Oscar Oszlak, "fue en esa época que el Estado penetró en la sociedad monopolizando asuntos que hasta entonces pertenecían al ámbito privado o provincial". El autor identifica cuatro formas de penetración:

1. Represiva que se expresa en la formación de una fuerza militar centralizada.
2. Cooptativa, cooptación de los apoyos de los sectores dominantes.
3. Material, obras servicios y regulaciones necesarias para el desarrollo de las actividades ligadas el comercio exterior.
4. Ideológica, creación de consenso a través de valores y símbolos.

La formación del aparato militar estuvo fuertemente condicionada por dos factores, la apropiación de las tierras de los pueblos originarios y por otro la necesidad de asegurar la integridad territorial frente a amenazas de ocupación de Chile que la reclamaba como parte de su propio territorio de acuerdo a lo prescripto por documentos de la Capitanía General de Chile. Todo lo cual pone en evidencia la estrecha relación entre la conquista del desierto y la ocupación militar de la Patagonia. Hacia 1901 en la Argentina, con la aprobación de la ley Riccheri, se crearía un Ejército Nacional organizado de acuerdo al modelo prusiano, ejército que, una vez aseguradas las fronteras con los países vecinos, y sobre todo a partir de 1930, cumpliría un rol de represión interna, socialización ideológica y control político.

A su vez el componente migratorio tuvo un rol fundamental en la conformación de esta nueva sociedad, toda vez que la producción agrícola, pilar de la economía agroexportadora, demandó una importante cantidad de mano de obra.

Las tensiones generadas por la transformación burguesa del campo y posteriormente la crisis mundial de 1930 determinó que las primeras décadas del siglo XX se caracterizaran por fuertes enfrentamientos sociales, fundamentalmente por manifestaciones de protesta basadas en "acción directa", encabezadas sobre todo por sectores anarquistas y su correlato de feroces represiones de los sucesivos gobiernos destinadas a subordinar a las clases subalternas. Se sancionó en 1902 la ley Nº4144 denominada "ley de Residencia" que funcionaría como el instrumento jurídico que posibilitó la expulsión de inmigrantes, fundamentalmente anarquistas y socialistas y que resultara funcional a los fines de desarticular el insurgente movimiento obrero de principio del siglo pasado en nuestro país.

Así también se sancionó la ley de Defensa Social, Nº7029.[10] La primera parte estaba dedicada a prohibir la entrada a quienes tuvieran condenas por delitos comunes y a los/las anarquistas y "dem*ás* personas que profesan o preconizan el ataque por cualquier medio de fuerza o violencia contra los funcionarios públicos o los gobiernos en general; o contra las instituciones de la sociedad".[11] Luego extendía esta medida a los/las deportados/as, y establecía penas hasta para los "empresarios de transporte, capitanes o agentes que ingresaran al país ácratas".[12] Dos cuestiones fundamentales fueron la prohibición de reuniones o manifestaciones obreras sin autorización policial, y el castigo por "apología" a la difusión de los delitos estipulados por dicha ley, de un hecho o autor por medio escrito, verbal o impreso. El artículo 25 reprimía a quien "por medio de insultos, amenazas o violencias intentase inducir a una persona a tomar parte de una huelga o boicot".

Así pueden enumerarse las represiones a las huelgas ferroviarias de 1917 que se desencadenaron en todo el país y tuvieron como objetivo la reducción de la jornada laboral a 8 horas, aumento salarial y efectivización de la ley de jubilaciones, entre otras demandas, las cuales fueron ferozmente reprimidas; la denominada "Semana Trágica" de 1919, en la cual se destacó por su crudeza el accionar represivo del Estado, el que fue acompañado por grupos paramilitares entre los que sobresalía la Liga Patriótica Argentina (creada en 1919 bajo el liderazgo de Manuel Carlés). El saldo final de los enfrentamientos nunca pudo establecerse con precisión pero se estiman las víctimas en mil muertos/as y varios miles de heridos/as más.

Y, por último, la denominada "Patagonia Rebelde", conflicto del año 1920 como consecuencia de una huelga motivada en las reiteradas arbitrariedades de la policía y la detención de dirigentes de la Sociedad Obrera, lo que propició la entrega de un pliego con reivindicaciones laborales ante la Sociedad Rural de la Provincia de Santa Cruz. La huelga adquirió grandes dimensiones y poco después se desencadenó una movilización en virtud de la cual los peones se organizaron en columnas armadas que tomaron como rehenes a policías y estancieros. El 4 de enero de 1921 el ataque de la policía a los huelguistas dejó como saldo un importante número de víctimas y la renuncia del gobernador. El nuevo gobernador, Ángel Ignacio Yza, intercedió en el conflicto, logrando celebrar un acuerdo por el cual los estancieros cedieron a gran parte de las demandas de los/as obreros/as a cambio de que estos/as depusieran las armas y liberaran a los/as rehenes. No obstante ello, la patronal comienza a adoptar represalias contra los/as huelguistas

10. Para un análisis de estas leyes véase: Gabriela Constanzo, *Los indeseables, Las leyes de Residencia y Defensa Social*, Buenos Aires, Editorial Madreselva, 2009.
11. Ley de Defensa Social Nº7029, sancionada el 28 de junio de 1910.
12. Ley de Defensa Social, Nº7029 sancionada el 28 de junio de 1910.

y el conflicto se reanuda, recrudeciendo la represión del Ejército y los grupos paramilitares contra los/as trabajadores/as y ejecutando a los/as obreros/as. El 10 de enero finalizó la campaña de exterminio con un saldo de 1500 obreros/as y huelguistas aniquilados/as.

## La década infame: 1930-1943

El golpe de Estado del 6 de septiembre de 1930 que derrocó a Hipólito Yrigoyen[13] instauró un régimen que buscó institucionalizar una "democracia restringida" bajo la tutela de las fuerzas armadas y contando con una serie de dispositivos que garantizaron la exclusión de fuerzas políticas y sociales opositoras al régimen. El Congreso fue disuelto, fue declarado el estado de sitio, todas las provincias fueron intervenidas, y en su lugar fueron implantados gobiernos elitistas y autoritarios. Las universidades también fueron intervenidas y los diarios censurados.

Esta etapa se caracterizó por un fuerte recrudecimiento de la tradición represiva manifestada desde los tiempos coloniales. Partidos de izquierda y todo tipo de colectivos organizados, así como también pobladores/as originarios/as, fueron víctimas durante este período.

El clima represivo se desató en el marco de la gran depresión mundial, proceso regresivo que representó para los países productores de bienes primarios la reducción de compras de maquinarias y manufacturas y para los industriales la caída de los precios de los productos. Ello derivó en sucesión de despidos, reducción de salarios y desconocimiento de leyes sociales de los/as trabajadores/as. Es así que a la violencia económica generada por la propia crisis se le sumó la violencia represiva hacia las clases medias y populares que vieron vulnerados sus derechos más básicos.

El segundo ataque contra el estado de derecho tuvo lugar el 4 de junio de 1943. Los generales Rawson y Ramírez depusieron al presidente Ramón S. Castillo. Durante este período se conformó el grupo de Oficiales Unidos (GOU), entre cuyos integrantes se encontraba Juan Domingo Perón; este cargo le permitió un acercamiento a grupos sociales más desfavorecidos, los cuales constituyeron posteriormente las bases de apoyo al movimiento peronista. La asunción de Perón como primer mandatario en 1946 representó el fin de la dictadura al vencer en elecciones libres a la Unión Democrática.

13. Derrocado por el dictador general José Félix Uriburu, como presidente provisional (1930-1932), a quien luego siguieron como Presidentes, elegidos en comicios con fraude y proscripciones, el general Agustín P. Justo (1932-1938), Roberto Ortiz (1938-1942) y Ramón Castillo (1942-1943).

Con la irrupción del peronismo a la escena política argentina se abre una nueva etapa en la Argentina. Durante la primera presidencia de Perón se produce la incorporación de las clases populares a la vida nacional, con la instauración de un gobierno que promovería el bienestar material de las clases populares. Los sectores opositores al gobierno peronista, entre los que se encontraba la Iglesia, amenazaban constantemente con la idea de asesinar a Perón y provocar un nuevo golpe de Estado.

## 1955 y la Revolución Libertadora

El 16 de junio de 1955 se produjo el bombardeo a Plaza de Mayo, treinta y cuatro aviones de la Marina realizaron un bombardeo aéreo que provocó una verdadera masacre. Se decretó el estado de sitio y se intentó desde el gobierno una política que apuntara a la reconciliación nacional.

Este suceso es un claro antecedente de las atrocidades cometidas por la junta militar de 1976. Esto se ha visto confirmado por los hallazgos del Equipo Especial de Investigación del Archivo Nacional de la Memoria. Los tres ayudantes del contraalmirante Aníbal Olivieri, ministro de Marina y jefe de la conspiración, eran los capitanes de Fragata Emilio Massera, Horacio Mayorga y Oscar Montes. Massera integró luego la junta militar de 1976, Mayorga estuvo involucrado en la masacre de Trelew y Montes fue canciller durante la dictadura. Entre los pilotos y tripulantes de los aviones estaban Máximo Rivero Kelly, acusado de delitos de lesa humanidad como jefe de la base Almirante Zar de Trelew y de la fuerza de tareas 7 de la zona norte de Chubut; Horacio Estrada, jefe del grupo de tareas de la ESMA; Eduardo Invierno, jefe del Servicio de Inteligencia Naval en la dictadura; Carlos Fraguío, jefe de la Dirección General Naval en 1976 con responsabilidad en los CCD ESMA y la Escuela de suboficiales de la Marina, entre otros.

"La criminal falta de respeto por los principales Derechos Humanos que exhibiría la Junta Militar de 1976 en adelante tiene en la masacre de Plaza de Mayo un claro precedente, fresco en la memoria de muchos que, veinte años mas tarde ser*ían* sus principales protagonistas."[14]

Tras el fracasado intento de golpe del 16 de junio, el 16 de septiembre del mismo año finalmente las fuerzas opositoras lograron concretar el golpe de Estado. Con la llegada de los militares al poder en 1955 se abrieron las puertas a un nuevo período de represión generalizada y al resurgimiento del terrorismo de Estado. Ello en virtud del importante avance contras las instituciones democráticas y el fuerte clima de violencia que se vivió durante la época.

14. Alejandra Dandán, "El hilo que une el 55 con el 76", en *Página/12*, 17 de junio de 2009, p. 16.

La autoproclamada "Revolución Libertadora" producirá un giro radical en las políticas públicas encaradas hasta el momento. Se derogó la Constitución de 1949[15] que había reformado a la de 1853, incorporando fundamentalmente derechos sociales; se proscribió al peronismo y se convocó a una Asamblea Constituyente a efectos de reformar nuevamente la Constitución, circunstancia que se concretó en 1957.

El hecho más significativo de este período fue el fusilamiento de un grupo de civiles y militares que se alzaron contra la dictadura militar el 9 de junio de 1956. El gobierno de facto presidido por Pedro Eugenio Aramburu desbarató el intento de levantamiento a cargo del general Valle y mandó a fusilar a 32 personas sin orden escrita ni decreto. El 9 de junio de 1956 en el partido de General San Martín, provincia de Buenos Aires, se ordenó la detención de doce militantes peronistas que fueron conducidos a los basurales de José León Suárez, en donde la policía debía fusilarlos. Cinco de ellos murieron pero siete lograron huir, y sus testimonios fueron trascendentales a efectos de reconstruir la historia que luego fue plasmada por el periodista Rodolfo Walsh en el libro *Operació*n *Masacre*.[16]

## Terrorismo de Estado

El 15 de agosto de 1972 comenzó un intento de fuga en el Penal de Rawson, institución carcelaria en la que se encontraban alojados/as más de cien presos/as de distintas organizaciones armadas: ERP, FAR y Montoneros.[17] Debido a dificultades de último momento nada más que 25 pudieron concretar la fuga y solo 6 de ellos llegaron a tiempo al aeropuerto de Trelew,[18] donde los esperaba un avión secuestrado que los transportaría hasta Chile, gobernado en ese momento por el presidente Salvador Allende, de la Unidad Popular. Los 19 restantes no pudieron abordar el avión y se entregaron sin oponer resistencia a los efectivos de la Armada. Los/as detenidos/as fueron sacados/as de sus celdas en la madrugada del 22 de agosto, se los hizo formar, y mientras se los obligaba a bajar la vista y mirar al suelo fueron ametrallados/as por una patrulla, de acuerdo al relato de los

15. https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar146es.pdf.
16. Rodolfo Walsh, *Operación Masacre*, Editorial Sigla, 1957.
17. Montoneros fue una organización de la izquierda peronista que desarrolló la lucha armada en la Argentina entre los años 1970 y 1980. El Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP) fue una organización guerrillera argentina que constituyó la estructura militar del Partido Revolucionario de los trabajadores, de orientación político-ideológica marxista. Las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FAR) fueron una organización política armada de orientación marxista leninista latinoamericanista (fuente: Wikipedia).
18. Se sugiere ver la película *Trelew: la fuga que fue masacre*: https://www.youtube.com/watch?v=9ZMIIuyOgBA.

tres sobrevivientes de la Masacre, Alberto Miguel Camps, María Antonia Berger y Ricardo René Haidar, quienes se encuentran a la actualidad en calidad de desaparecidos/as por haber sido secuestrados/as durante la última dictadura militar.

Con la reapertura de las causas judiciales por los crímenes cometidos, como se verá más adelante, los sucesos de la denominada Masacre de Trelew fueron juzgados por el Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia, lográndose sentencia a reclusión perpetua de los principales responsables el 15 de octubre de 2012, es decir, cuarenta años después de los hechos.

El 25 de marzo de 1973 asumió la presidencia Héctor Cámpora; unos días después, exactamente el 20 de junio, retornó al país, después de 18 años de exilio, Juan Domingo Perón. Una multitud lo esperaba en las inmediaciones de Ezeiza, donde se produjo un brutal enfrentamiento entre la izquierda peronista, fundamentalmente conformada por Montoneros, las FAR (Fuerzas Armadas Revolucionarias) y la Juventud Peronista (JP), y la derecha peronista capitaneada por la dirigencia de la UOM (Unión Obrera Metalúrgica) y la Juventud Sindical Peronista.

Si bien no puede establecerse este hecho como de terrorismo de Estado, por cuantos sus perpetradores fueron miembros que respondían a un sector del peronismo y no miembros de fuerzas armadas o de la policía, no es menos importante destacar que estos grupos responsables de la matanza serán quienes luego desplegaron su potencia criminal desde la Alianza Anticomunista Argentina (Triple A). Esta organización criminal que organizara López Rega, secretario privado de Perón y ministro de Bienestar Social, reinstalaría el terrorismo de Estado, y constituyó además la antesala de las atrocidades cometidas durante la última dictadura militar. En el mes de marzo de 2008 la Cámara Federal resolvió calificar los crímenes cometidos por la Triple A como delitos de lesa humanidad y por lo tanto imprescriptibles.

Se estima que la Triple A cometió aproximadamente 1500 asesinatos en el período que va desde 1973 hasta 1975. Su modus operandi se basó en la exaltación del terror y la violencia,[19] a diferencia de los métodos usados en la dictadura, que instaló una política de ocultamiento[20] de los crímenes llevados adelante por los miembros de fuerzas armadas y de seguridad.

19. Tómese como ejemplo paradigmático el caso de Carlos Banylis, delegado de la UTA asesinado en su domicilio de la localidad de Ituzaingó, frente a su esposa y sus tres hijos, de 60 balazos por un comando de la Triple A, conforme surge del relato efectuado por su esposa, Nora en ocasión de constituirse como querellante en la causa ante el Juzgado Federal Nº5 de la CABA.

20. Dentro de las prácticas represivas fuertemente marcadas por el ocultamiento podemos señalar el secuestro de militantes populares en Centros Clandestinos de Detención; la cremación de cadáveres, su enterramiento en fosas como NN en diversos cementerios del país y el arrojamiento desde aviones de personas vivas en estado de inconsciencia en el Río de la Plata en los denominados “vuelos de la muerte”.

La Triple A fue desbaratada en julio de 1975 tras la renuncia de López Rega. La labor de exterminio de ahí en adelante sería ejecutada directamente por las fuerzas Armadas.

El primer hecho en el que queda en evidencia el involucramiento de las fuerzas armadas en la represión de la "lucha antisubversiva" lo constituyó el denominado "Operativo Independencia", llevado adelante en la provincia de Tucumán, que fue ordenado directamente por la presidenta María Estela Martínez de Perón, que había sucedido a este tras su muerte el 1 de julio de 1974. Concretamente dispuso que el Ejército ejecutara "todas las operaciones militares que sean necesarias a efectos de neutralizar y/o aniquilar el accionar de los elementos subversivos que act*úan* en la provincia de Tucumán" (Cf. Decreto Nº261/975 del Poder Ejecutivo Nacional del 5 de julio de 1975). En octubre de ese mismo año, esa directiva se extendería a todo el territorio nacional conforme lo prescripto por Ítalo Luder, presidente provisional del Senado.

Ese decreto sería el puntapié inicial de las políticas de exterminio que el régimen militar pondría en práctica una vez concretado el golpe que derrocara a Martínez de Perón el 24 de marzo de 1976.

Los golpes no se pueden entender fuera de la dinámica de confrontaciones sociales. Son la respuesta extrema a un sujeto popular que demanda derechos y cuestiona privilegios. El golpe del 76 es la "solución final"[21] a la crisis de dominación que desata el Cordobazo de 1969 y el ciclo de luchas que inicia, con la aparición de nuevos sujetos sociales y políticos.

Tal como expresa el pr*ó*logo del *Nunca Más*, "desde el 24 de marzo de 1976 (las Fuerzas Armadas) contaron con el poderío y la impunidad del Estado absoluto, secuestrando, torturando, y asesinando a miles de seres humanos".[22]

La dictadura de 1976 respondió a factores internos y externos que se engendraron en el contexto histórico caracterizado por la guerra fría, una profunda crisis económica y el ascenso de la lucha política y las reivindicaciones de las

21. La "solución final" fue el modo en que el nazismo nombró el exterminio de los/as judíos/as durante su régimen. Lo utilizo como analogía para significar el genocidio de este período.
22 Del Prólogo del *Nunca Más*, Informe de la CONADEP (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas – informe final del 20/9/1984), Comisión Asesora creada por el Presidente de la Argentina Raúl Alfonsín el 15 de diciembre de 1983 con el objetivo de investigar las graves, reiteradas y planificadas violaciones a los derechos humanos durante el Terrorismo de Estado de entre 1976 y 1983. No fue instituida para juzgar sino para indagar sobre la suerte corrida por los/las desaparecidos/las. La comisión recibió varios miles de declaraciones y testimonios y verificó la existencia de cientos de lugares clandestinos de detención en todo el país. Más allá del error conceptual y filosófico que supone sostener la "teoría de los dos demonios" (la teoría que establece que durante el período analizado existieron dos fuerzas antagónicas que generaron el contexto de violencia que se vivió en la época), se establece que el informe resultó de gran utilidad al momento de reconstruir la verdad histórica de lo acontecido en nuestro país.

masas populares: "En América latina la crisis económica estaba caracterizada por el agotamiento del modelo capitalista dependiente y una necesidad imperiosa de reconversión de ese modelo a través de la concentración de ese capital y la aplicación de políticas de transformación del aparato productivo".[23]

Sin embargo, en nuestro país ese intento de trasnformación del modelo de acumulación capitalista se encontraba en disputa con un proyecto emancipatorio que propiciaba la búsqueda de independencia, la soberanía y el acceso real a los derechos civiles y políticos; y los derechos económicos, sociales y culturales de las mayorías populares.

Eran dos proyectos de país en pugna: el autodenominado "proceso de reorganización nacional" pretendía la implementación de un modelo económico de apertura y libre comercio que produjo el desmantelamiento de la industria nacional y el auge y predominio de la especulación financiera. Para concretar la implementación de políticas neoliberales en nuestro país, resultó necesario acallar todo signo de resistencia y oposición y con ese objetivo se implementó un plan sistemático de exterminio de los opositores políticos. Para instalar el terrorismo de Estado, la dictadura se valió de la complicidad de las fuerzas económicas, los empresarios, la Iglesia Católica, el Poder Judicial,[24] el poder político y numerosos medios de comunicación. El marco teórico estuvo dado por la llamada Doctrina de la Seguridad Nacional.[25] El saldo fueron miles de muertos/as y desaparecidos/as, cientos de jóvenes con identidad apropiada, un país sumido en la miseria económica, social y cultural.

"La visión procesista" asumía al subversivo como el nuevo "anormal" y por lo tanto tenía el derecho a ejercer su poder sobre su vida, es decir exterminar "legítimamente a quienes significan para los demás una especie de peligro biológico".[26] Con esa justificación, la junta militar sometió a la sociedad toda, ejerciendo su poder en los Centros Clandestinos de Detención, a lo ancho y a lo largo de todo el país. Los/as opositores/as políticos/as y sociales al régimen imperante eran calificados/as como "delincuentes subversivos, foráneos, ateos, extranjerizantes" que amenazaban una suerte de "estilo de vida occidental y cristiano".

Esa connotación negativa asignada a la palabra "subversivo" fue funcional a la idea de caracterizar a ese "otro peligroso" al que había que combatir. La imple-

23. Eduardo Luis Duhalde, *El Estado Terrorista Argentino; Quince años después, una mirada crítica*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.
24. Al respecto ver Sofía Lanzilotta, Lucía Castro Feijóo, *Justicia y Dictadura. Operadores del plan cívico-militar en Argentina*, Ediciones del Centro Cultural de la Cooperación, 2014.
25. La Doctrina de Seguridad Nacional fue el paradigma impulsado por los Estados Unidos bajo el cual se desplegaron los procesos represivos en toda América latina durante la década del 70.
26. Michel Foucault, *Historia de la sexualidad 1 - La Voluntad de Saber*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002, p. 167.

mentación de un nuevo modelo económico requería necesariamente la eliminación física de aquellos que pugnaban por una sociedad con características igualitarias y en ese entendimiento se construyó el enfoque justificador del genocidio.

El golpe de Estado del 76 tuvo dos tareas: una destructiva de las fuerzas populares, de la subjetividad desarrollada en esos años (45/75), y eso se hizo por los medios más horrendos, violando todas las garantías individuales y todo lo prescripto y proclamado por la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 y la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, que el Estado Argentino suscribió. De ello se ha hablado mucho y hoy se consideran delitos de lesa humanidad y por ello imprescriptibles y están siendo juzgados, al menos una parte de los responsables. Pero tiene otra función que es constructiva: fundar un nuevo modo de relacionamientos al interior del bloque del poder y sobre todo un nuevo modo de dominación basado en el *terror* que produce el *horror*; y todo ello para reorganizar radicalmente la distribución de la riqueza, el modo de funcionamiento de la economía, transferir grandes masas de la riqueza de la Nación y del pueblo a esos grupos económicos que estaban detrás de la dictadura, tales como Acindar, Papel Prensa, Ledesma, Ford, Mercedes Benz, etc.

Desde una perspectiva sociológica el proceso atravesado se inscribe en lo que Daniel Feierstein denomina *prácticas sociales genocidas*, definidas de este modo por el autor:

> Entiendo a su vez como "práctica social genocida" aquella tecnología de poder cuyo objetivo radica en la destrucción de las relaciones sociales de autonomía y cooperación y de la identidad de una sociedad, por medio del aniquilamiento de una fracción relevante (sea por su número o por los efectos de sus prácticas) de dicha sociedad y del uso del terror, producto del aniquilamiento para el establecimiento de nuevas relaciones sociales y modelos identitarios.[27]

La dictadura cívico-militar vino a desarrollar la etapa de aniquilamiento material de una parte sustancial del conjunto de la población. Este aniquilamiento tenía por objetivo la destrucción de esas relaciones sociales que, al decir de este autor, se basaban en la solidaridad y cooperación. Identidad que se encontraba profundamente arraigada en los sectores populares y medios de nuestra sociedad y que fuera construida a partir de largas décadas de luchas de los sectores obreros y populares, como se desarrolló más arriba.

27. Daniel Feierstein, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 83.

Para lograr destruir estas relaciones no alcanzaba con el aniquilamiento físico de los/las referentes de los movimientos populares y de sus cuadros militantes más sobresalientes. Era necesario además, instalar el terror en el conjunto de la sociedad, lo que se logró a partir de la utilización de los Centros Clandestinos de Detención, Tortura y Exterminio (CCDyT).

Como resultado de este proceso, esta identidad destruida fue sustituida por otra nueva acorde a las necesidades de los nuevos modelos de acumulación capitalista, en lo que Feierstein define como la *realización simbólica del genocidio*[28] y culmina las dos etapas que Raphael Lemkin[29] identifica en los procesos genocidas: la primera, caracterizada por la destrucción de la identidad del grupo atacado, y la segunda etapa, la imposición de la nueva identidad sobre la población o el territorio aniquilado.

## Casos paradigmáticos

A continuación reseñaré brevemente tres casos paradigmáticos de masacres cometidas durante la vigencia de la última dictadura a los fines de intentar echar luz sobre los contenidos desarrollados.

Es importante destacar que en nuestro país la anulación de las leyes de obediencia debida y punto final posibilitó las reaperturas de las causas por los crímenes cometidos por el terrorismo de estado, por lo que también desarrollaré muy sucintamente los procesos de juzgamiento y las sentencias condenatorias a las que ha podido arribarse por medio de la lucha en los casos reseñados.

### *1. Masacre de Fátima*

En la madrugada del 20 de agosto de 1976 aparecieron en la localidad de Fátima, provincia de Buenos Aires, restos despedazados de veinte cuerpos que habían sido dinamitados pocas horas antes. Se trataba de detenidos/as que se encontraban en el Centro Clandestino de Detención de la Superintendencia de Seguridad Federal de la Policía Federal Argentina. Eran todos/as ellos/as jóvenes, veinte hombres y diez mujeres. Al exhumarse los cadáveres se puedo verificar que todos/as tenían orificios de bala, las manos atadas y los ojos vendados, y habían sido trasladados/as a la zona muertos/as, donde los cadáveres fueron apilados/

28. Daniel Feierstein, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, *op. cit*.
29. Raphael Lemkin, *El dominio del eje sobre la Europa ocupada*, Washington, D.C., Fundación Carnegie para la paz internacional, 1944.

as y dinamitados/as. El Equipo de Antropología Forense, muchos años después, pudo recuperar la identidad de 17 de las 30 víctimas y comprobar que la mayoría eran obreros/as de la fábrica Bendix.

Los crímenes cometidos en la llamada Masacre de Fátima fueron ventilados en el juicio oral en el cual el Tribunal Oral Federal Nº5 dictó sentencia el 18 de julio de 2008 por los delitos de privación ilegal de la libertad y homicidio calificado por alevosía cometidos contra veinte hombres y diez mujeres, agravados por el carácter de funcionarios públicos de los perpetradores. Fueron condenados a prisión perpetua dos de los principales involucrados en los hechos.

## *2. El apagón de Ledesma*

Entre el 20 y el 27 de julio de 1976, las fuerzas armadas ejecutaron uno de los innumerables operativos de amedrentamiento de la población que formaban parte de su modus operandi. Durante una semana los militares provocaron cortes de luz en distintas localidades del partido de Ledesma, provincia de Jujuy, con el objetivo de secuestrar a aproximadamente 400 personas. Secuestraron a militantes políticos, gremiales, sociales, estudiantes y todo aquel sobre el cual recayera la sospecha de que realizaba actividades "subversivas".

Las víctimas del denominado apagón de Ledesma corrieron distintos destinos; algunas fueron trasladadas al penal de la provincia de Jujuy, muchas de ellas fueron trasladadas al Centro Clandestino de Detención Guerrera, algunas fueron "paseadas" por varias cárceles y Centros Clandestinos de Detención del país durante meses, otras fueron liberadas a los pocos días. Treinta de ellas continúan desaparecidas.

El Ingenio Ledesma disponía de la energía para todos los pueblos de la zona. Resulta clara y evidente la vinculación entre el ingenio Ledesma, propiedad de la familia Blaquier, y el aparato represivo del Estado.

Carlos Pedro Blaquier fue procesado el 15 de noviembre de 2012 por numerosas privaciones ilegítimas de libertad consumadas en el marco de la "Noche del Apagón". En su resolución, el Dr. Fernando Poviña, magistrado a cargo del Juzgado Federal 2 de Jujuy que dictó el procesamiento, entendió que Ledesma "facilitó medios de transporte para el traslado de los detenidos", una acusación histórica contra la empresa apoyada en las declaraciones de testigos que aseguraron haber visto camiones con el logo de Ledesma durante el apagón de julio de 1976, cuando más de 400 personas fueron secuestradas en las localidades de Libertador San Martín y Calilegua.

Este procesamiento constituye un aporte fundamental en el avance en la investigación para desentrañar la complicidad y responsabilidad civil durante la última dictadura militar. La violación a los derechos humanos de ayer y de

hoy por parte del Ingenio Ledesma es infinita. Derechos laborales, ambientales y económicos son vulnerados en la actualidad y de un modo brutal por parte de esta empresa.[30]

### *3. Masacre de Margarita Belén*

Este caso se trata de la tortura y ejecución de diecisiete detenidos/as, ultimados en un operativo conjunto del Ejército Argentino y la Policía de la Provincia de Chaco en la noche del 12 de diciembre de 1976 en un pasaje cercano a Margarita Belén, provincia de Chaco.

La masacre se intentó pasar por un episodio resultante de un intento de fuga de los/las prisioneros/as. Militantes detenidos/as e incomunicados/as en la Unidad Penitenciaria Nº7 de Resistencia fueron retirados/as de sus celdas y transportados/as en vehículos militares hasta la alcaldía de Resistencia. Allí fueron torturados/as en el comedor del establecimiento y luego confinados/as en celdas individuales, en absoluto aislamiento. Durante la noche, llegó una comisión militar que presentó órdenes de traslado para retirar a los/as detenidos/as que fueron entregados/as y transportados/as en dos camiones militares custodiados por un patrullero de la Policía de Chaco hasta un descampado vecino de la localidad de Margarita Belén.

La versión oficial de los hechos señaló que la columna que transportaba a los/as detenidos/as fue objeto de un ataque guerrillero en la Ruta Nacional Nº11 y que en el combate subsiguiente tres de los presos fueron muertos mientras que los/as demás huyeron.

Sin embargo en el juicio que se llevó adelante por estos hechos y que concluyó con sentencia dictada en fecha 11 de julio de 2011 quedó demostrado que "… lo que se dio en conocer como Masacre de Margarita Belén centra los hechos objeto de investigación en la hipótesis de que el supuesto enfrentamiento no existió y que la muerte de los detenidos trasladados, que se hallaban en total estado de indefensión, estuvo a cargo del personal del Ejército responsable de su custodia". Luego el fallo describe las circunstancias que descartan la versión oficial:

> Los detenidos trasladados estaban en muy mal estado físico conforme las testimoniales anteriormente analizadas. Así, se debe tomar como real la versión un*ánime* respecto de la tremenda golpiza recibida en el comedor de la Alcaidía momentos antes de su traslado, circunstancia afirmada ya

30. A modo de ejemplo puede citarse la causa iniciada en el año 2005 por Olga Aredez por la contaminación ambiental provocada por la acumulación de grandes depósitos de bagazo, el desecho de la caña de azúcar, a cielo abierto, que provoca bagazismo entre otras enfermedades a los/as probladores/as de la zona.

> en la causa 13, lo que debe añadirse al ya deteriorado estado físico en que se encontraban los presos que venían de duras condiciones de trato en la Brigada de Investigaciones, en la U7 y posteriormente en la Alcaidía.[31]

El fallo condenó a prisión perpetua a ocho militares involucrados en la denominada Masacre de Margarita Belén.

## Metodología del plan sistemático de aniquilamiento

La metodología del terrorismo de Estado estuvo signada por la tríada *secreto, clandestinidad e impunidad*. La eficacia del Estado Terrorista radica sobre todo en las secuelas que deja en la sociedad a largo plazo en tanto disuelve en esta el anhelo y la lucha por un modelo de país más justo. De esta manera el Estado Terrorista fue particularmente funcional a los intereses de las clases dominantes. El modus operandi de las fuerzas represivas consistió en operativos llevados adelante por grupos de tareas que actuaron de modos subrepticio, ingresando por la fuerza, de modo clandestino, vestidos de civil y con armas largas en la vivienda de los/as militantes populares a quienes golpeaban y ataban de manos y tabicaban para luego trasladarlos a un Centro Clandestino de Detención en el cual serían alojados/as en condiciones infrahumanas de vida y serían interrogados/as mediante la aplicación de diversos modos de tortura.

Un oficial de la Policía de la Provincia de Buenos Aires explicó en su testimonio el modus operandi de un Grupo de Tareas, el cual reproduzco a los fines de graficar lo dicho:

> [...] conocido un "objetivo" o "blanco" (elemento subversivo) o sospechoso de tal, se lo detenía, se lo llevaba a un lugar de interrogatorio y se le daba "máquina" (tortura con picana eléctrica) extrayéndole información de otros sospechosos, a los que se procedía a detener así, hasta tener todo un "mosaico" o cadena de personas. En algunos casos, esa cadena se cortaba cuando algún detenido se "quedaba" (moría) en la tortura. Recién entonces con un grupo de personas investigadas o un cierto cúmulo de información se elevaba a la Superioridad, tanto a la Jefatura de Policía como a la Jefatura del Área Militar. Esa información iba codificada y partía desde el mismo Grupo de Tareas. En las Comisarías se hacía un "informe reservado" (donde se ponía la verdad del procedimiento) y un

31. Sentencia Nº239 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Resistencia, Chaco, del 11 de julio de 2011.

> Acta 20840 (donde se volcaban los datos que servían para la cobertura de "legalidad" como por ejemplo en los casos de detenidos a los cuales se "cortaba" (mataba) haciendo figurar que habían muerto en un enfrentamiento.[32]

Se ha establecido judicialmente que las condiciones de detención constituyeron en sí mismas tormentos por constituir seria afectación a la integridad física y mental de los/as detenidos/as desaparecidos/as.[33]

> Los testimonios brindados por ex detenidos en causas judiciales en curso o ya finalizadas en diversas jurisdicciones del país y la información recogida por la CONADEP dan cuenta de las condiciones de detención extremadamente deplorables a las que fueron sometidas las personas mantenidas en cautiverio en CCD. En extrema síntesis, ellas consistían en lo siguiente: aislamiento total con el exterior e incomunicación absoluta por ciertos períodos, restricciones de movimientos, ligadura de manos, engrillamiento, encapuchamiento, tabicamiento, golpes y amenazas continuos, deficiente alimentación, condiciones deplorables de higiene, exposición a desnudez, deficiente atención médica, hostigamientos verbales permanentes, muchas veces de contenido discriminatorio; muy frecuentemente, los detenidos eran obligados a presenciar sesiones de tortura, o bien –por la disposición o infraestructura de los CCO– oían desde sus celdas los lamentos de compañeros que eran torturados; eran testigos oculares o auditivos de torturas ajenas.[34]

32. Legajo CONADEP 7316.
33. Ya en la causa 13/84 la Cámara Federal esbozaba esta idea: "Asimismo, durante el secuestro, se imponía a los cautivos condiciones inhumanas de vida, que comprendían a muchos el déficit casi total de alimentación, el alojamiento en lugares insalubres, en los que no podían sustraerse a percibir los lamentos o ruidos que se producían al torturarse a otros cautivos y el permanente anuncio, a través de hechos y de palabras de que se encontraban absolutamente desprotegidos y exclusivamente a merced de sus secuestradores. Todo ello debía seguramente crear en la víctima una sensación de pánico cuya magnitud no es fácil comprender ni imaginar, pero que, en sí, constituye un horroroso tormento". Luego la Cámara Federal admitió explícitamente la posibilidad de que la mera detención en las condiciones reinantes en un CCDTyE configurara torturas, pero condicionó tal determinación a que se acreditaran los sufrimientos padecidos y su gravedad. Este criterio ha sido utilizado por algunos juzgados de la justicia de Instrucción de la Capital Federal, y fue confirmado por la Cámara de Apelaciones. También fue utilizado por algunos Tribunales del interior del país.
34. Informe de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de causas por Violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado. Procuración General de la Nación. Tratamiento Penal de las Condiciones de Detención de los Centros Clandestinos frente al tipo penal del art. 144 ter C.P. del 12 de noviembre de 2008.

Formaron parte del plan sistemático de exterminio todo tipo de tormentos, incluida la violencia sexual hacia varones y mujeres.

En el año 2010 por primera vez una sentencia judicial[35] determinó que los abusos sexuales cometidos por integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad durante la dictadura militar en la Argentina constituían crímenes de lesa humanidad. Antes eran considerados hechos eventuales. No formaban parte del plan sistemático. La importancia de considerarlos crímenes de lesa humanidad radica en que no pueden ser considerados prescriptos, precisamente por no constituir crímenes comunes y por ofender y lesionar no solo los derechos de los afectados/as directos sino de la humanidad en su conjunto. Los delitos sexuales no fueron delitos aislados, sino que formaron parte del plan diseñado por los genocidas para exterminar física y psíquicamente a su oponente político y evidencian un aspecto más del ejercicio de poder desmedido que tuvo como objetivo disciplinar a las mujeres en cautiverio.

Otro represor, Gregorio Molina, fue condenado a prisión perpetua por homicidio agravado, *violaciones reiteradas agravadas*, privación ilegítima de la libertad y tormentos agravados en el CCD "La Cueva" de la ciudad de Mar del Plata (el destacado es propio).

"Los agresores, al llevar adelante estas aberrantes prácticas sexuales, contaban con la impunidad que traía aparejada el silencio de las víctimas, quienes por miedo, prejuicio o vergüenza, se negaban a denunciar las vejaciones o sometimientos de índole sexual sufridos, constituyendo durante mucho tiempo un secreto a voces."[36] En ocasión de confirmar la sentencia dictada por el Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, los jueces de la Sala IV de la Cámara de Casación Penal, Mariano Borinsky, Gustavo Hornos y Juan Carlos Gemignani, argumentaron: "Los abusos sexuales en La Cueva no constituían hechos aislados, sino que conformaban una práctica habitual que se exteriorizaba a través de diversas conductas que lesionaban el marco de protección a la integridad sexual previsto por el ordenamiento legal".[37]

## Lucha contra la impunidad, por Memoria, Verdad y Justicia

Reinstalada la democracia, mediante el Decreto 158/83, el Dr. Raúl Alfonsín, presidente de la Nación, dispuso el sometimiento a juicio de las tres juntas

35. Dictada por el Tribunal Oral Federal de Santa Fe en la causa Nº4308 del 19 de abril de 2010 por la que se condenó a Horacio Américo Barcos, agente civil de inteligencia de esa provincia, a la pena de once años de prisión.
36. Sentencia del Tribunal Oral de Mar del Plata del 9 de junio de 2010 en la causa Nº2086.
37. Sentencia de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal del 17 de febrero de 2012 en la causa Nº162/12 "Molina, Gregorio Rafael s/ recurso de Casación".

militares que habían protagonizado el autodenominado "Proceso de Reorganización Nacional". Se creó mediante el Decreto 187/83 la Comisión Nacional Sobre Desaparición de Personas (CONADEP), que recibió numerosas denuncias de víctimas del terrorismo de Estado. Luego de meses de recopilación de información, la CONADEP entregó un Informe Final al Poder Ejecutivo Nacional, con fecha 20 de septiembre de 1984, que se denominó *Nunca M*ás.

El juicio a las Juntas, también conocido como causa Nº13/84 duró ocho meses y tuvo como objetivo establecer la responsabilidad penal de los jefes de las tres juntas militares. El informe *Nunca Más*, las declaraciones de los/as testigos/as durante el juicio y las tareas de denuncia y esclarecimiento realizadas por organismos de DDHH permitieron dar dimensión a la violación de los Derechos Humanos cometidos en el país. El 9 de diciembre de 1985 la Cámara Federal de la Capital dictó sentencia condenatoria de los comandantes: Primera Junta: teniente general Jorge Rafael Videla: reclusión perpetua; almirante Eduardo Emilio Massera: prisión perpetua; brigadier Orlando Ramón Agosti: 4 años y 6 meses de prisión; Segunda Junta: teniente general Rodolfo Viola, 17 años; almirante Armando Lambruschini: 8 años de prisión ; brigadier general, Omar Graffigna: absuelto; Tercera Junta: teniente general Leopoldo F. Galtieri: absuelto; almirante Jorge I. Anaya: absuelto; brigadier general Basilio Lami Dozo: absuelto.

Posteriormente, como consecuencia de la presión militar ejercida por los sucesivos levantamientos castrenses de Semana Santa, Monte Caseros y Villa Martelli, que intentaban frenar la ola de juicios que afectaban a la institución, durante la presidencia de Alfonsín se dictaron las leyes Nº23.492[38] de Punto Final y la Nº23.521[39] de Obediencia Debida. La primera de ellas fijaba un plazo extintivo para llamar a prestar declaración indagatoria a eventuales responsables, es decir, paralizaba los procesos judiciales estableciendo un período de 60 días a partir de su promulgación para presentar denuncias contra los responsables de violaciones a los Derechos Humanos. La segunda, dictada seis meses después, establecía que, quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropas de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no eran punibles por haber obrado en virtud de la obediencia debida.[40] La ley de obediencia debida excluyó de sus beneficios a quienes secuestraran niños/as y/u ocultaran

38. Sancionada el 23 de diciembre de 1986 y promulgada al día siguiente. Declarada insalvablemente nula por la Ley 25.779 (BO 3/9/2003).
39. Publicada en el Boletín Oficial el 9/6/1087. Declarada insalvablemente nula por la Ley 25.779 (BO 3/9/2003).
40. La obediencia debida supone que los integrantes de las fuerzas armadas deben cumplir órdenes superiores sin derecho a oponerse o resistirse a su cumplimiento. Es decir, sin cuestionar su legitimidad.

o sustituyeran su identidad, así como a quienes robaran y quienes ocultaran bienes en forma extorsiva.

Otro de los eslabones en la cadena de la impunidad lo constituyeron los indultos. El 29 de diciembre de 1990 el entonces presidente de la Nación, Carlos Saúl Menem, dejó en libertad los condenados en la causa Nº13, es decir, los autores condenados por graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar.[41]

Luego de incansables intentos de lograr la anulación de estas leyes por parte de todo el movimiento de derechos humanos, que no abandonó nunca la lucha por la memoria, la verdad y la justicia y la lucha contra la impunidad jurídica que imponían las leyes,[42] el 21 de agosto de 2003 el Congreso de la Nación sancionó la Ley Nº25.779 que declaraba insalvablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521. Posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el 14 de junio de 2005 que las leyes de punto final y obediencia debida son inválidas e inconstitucionales. Esta declaración de la Corte posibilitó la reapertura de las causas judiciales que habían quedado inconclusas en los años 80 y la apertura de nuevas causas.

Asimismo, con la declaración de nulidad de las denominadas "leyes de impunidad", los jueces comenzaron a declarar inconstitucionales los indultos de Menen. El 15 de junio de 2006 la Cámara Federal de Casación Penal declaró la inconstitucionalidad de los indultos.

La lucha contra la impunidad asumió durante estos años diversas expresiones, una de las cuales es la incesante lucha por el juicio y castigo a los genocidas, es decir lograr condenas –de cumplimiento efectivo en dependencias del Servicio Penitenciario Federal– que no solo pongan de relevancia la palabra de los sobrevivientes, sino que aporten también al complejo proceso de reconstrucción de la verdad histórica.

Los juicios deben cumplir una indispensable función reparadora, en primer lugar hacia los/as sobrevivientes pero también hacia toda la sociedad, víctima del terrorismo de Estado. Dicha reparación viene dada por el dictado de una sentencia condenatoria resultante de la prueba judicial colectada que, en la mayor parte de los casos, la constituye la palabra de el/la sobreviviente que aporta con su declaración, con su relato, que posee en sí mismo valor de verdad, un elemento fundamental a la hora de reconstruir la verdad histórica y a la hora de visibilizar el horror atravesado por nuestro pueblo durante la dictadura.

41. Mediante los decretos 1002/1989, 1003/1989, 1004/1989 y 1005/1989 del 7 de octubre de 1989 y los decretos 2741, 2742/1990, 2743/1990, 2744/1990, 2745/1990 y 2746/1990 del 29 de diciembre de 1990.

42. Nuestra titular de Cátedra, Dra. Lubertino, fue cofirmante del Proyecto de Ley como diputada nacional junto con Patricia Walsh.

De acuerdo con los registros del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), un total de 2.071 personas, entre civiles y personal de las fuerzas armadas y de seguridad, están o estuvieron involucradas en causas vinculadas con el terrorismo de Estado a noviembre de 2015. De ellas, 405 han obtenido sentencia, 370 se encuentran condenadas y 35 han sido absueltas.

Desde la celebración del primer juicio por estos delitos en 2006, ha habido 91 sentencias. No obstante, resulta preocupante que de ellas únicamente 14 han alcanzado instancia final, 12 confirmadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los datos estadísticos revelan que solo 28 de los 370 condenados tiene firme su sentencia. Nos interesa destacar que el ciclo de la justicia se cumple cuando las sentencias quedan firmes, es decir, cuando no hay posibilidad de revisar esa decisión.[43] El proceso de enjuiciamiento en nuestro país es realmente vanguardista en Latinoamérica, cuyos países fueron asolados en su mayoría por dictaduras igualmente feroces a la nuestra; no obstante no ha logrado avanzarse significativamente en procesos de juzgamiento eficaces por no encontrarse dadas las condiciones políticas para ello. Por supuesto que existen demoras y dificultades en la administración de justicia, problemas en torno a la toma de testimonios y el trato hacia los/as testigos/as, escaso porcentaje de sentenciados/as en relación a los/as imputados/as, importante número de procesados y/o condenados fallecidos (aproximadamente 280 al mes de noviembre de 2015), renuencia de algunos tribunales a utilizar el derecho internacional de los derechos humanos y complejas discusiones teóricas y jurídicas respecto al encuadre legal de lo ocurrido en nuestro país, conforme el artículo II de la Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio.

En este conflictivo contexto, el 28 de febrero de 2012 la Cámara de Casación Penal aprobó la Acordada Nº1/12, que establece seis reglas prácticas cuyo objetivo consiste en mejorar y agilizar las causas de delitos de lesa humanidad como asimismo ampliar los mecanismos de protección integral de las víctimas testigos. Más allá de todas las limitaciones concretas enumeradas, no cabe duda de que el proceso histórico que ha encarado nuestro país con relación al juzgamiento de los crímenes cometidos por el terrorismo de Estado no halla antecedente histórico similar.

## A modo de cierre

Tal como planteo en este capítulo, los genocidios no se circunscriben solamente al proceso desplegado entre 1975-1983. Nuestra historia está plagada de represión e intentos de subordinación del sujeto popular.

43. Información extraída de la página web del Centro de Estudios Legales y Sociales: www.cels.org.ar.

Sin embargo, porque, tal como plantea Feierstein (2007), el genocidio se extiende en la sociedad posgenocida, vale la pena detenerse a reflexionar sobre nuestra historia reciente. Durante el período comprendido entre los años 1976 y 1983 fueron suspendidos todos los derechos y garantías constitucionales. Los instrumentos jurídicos con plena vigencia durante esa etapa fueron el Acta para el Proceso de Reorganización Nacional y el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional. A su vez la junta militar disolvió el Congreso. Fueron presentados cientos de hábeas corpus que tenían, sin éxito, el objetivo de conocer el destino de los/as detenidos/as desaparecidos/as.

Todos los aspectos de la vida de las personas estuvieron condicionados por la influencia de la dictadura. La educación, los medios de comunicación, la literatura y la música fueron objeto de censura. La fuerte represión ideológica que signó esa época condicionó la manifestación de toda expresión cultural y/o popular que diera resistencia a los intereses de los dictadores que tenían como objetivo "implantar los valores occidentales y cristianos" en todo el pueblo argentino.

En este sentido, las condenas judiciales son claves para lograr reparación y producir verdad sobre el proceso de Terrorismo de Estado. Pero también se trata de que todos y todas nos apropiemos de la historia de nuestro país, podamos analizarla, ser críticos con ella, poner en debate las representaciones sociales que la dictadura impuso y las consecuencias económicas del modelo instalado por la Junta Militar. Todo eso para poder hacer nuestro pequeño gran aporte a la construcción de una sociedad cada vez más justa e igualitaria.

# Capítulo XVIII
# Derechos económicos, sociales y culturales

*Santiago Adamoli y María José Lubertino Beltrán*

## Historia

El principal instrumento internacional en el que los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran reconocidos es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 1966. Es importante mencionar que en esa época el mundo se encontraba en lo que los/as historiadores/as denominaron "Guerra Fría". Dos superpotencias (Estados Unidos y la ex Unión Soviética) enfrentados disputándose el liderazgo a través de apoyos a facciones internas dentro de otros países (Guerra de Corea, Guerra de Vietnam), o bien disputándose el liderazgo tecnológico (envío de cohetes a la Luna) y militar y también nuclear (desarrollo de la bomba nuclear).

En ese contexto, Estados Unidos impulsó dentro del marco de la ONU la sanción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en líneas generales resaltaba los valores de la democracia y libertades civiles, tan pregonados por el país del norte. La ex Unión Soviética (hoy Federación Rusa) impulsó como contrapunto a la propuesta norteamericana el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tendiente a garantizar los derechos básicos al ser humano como el derecho a la educación gratuita, derecho al trabajo, derecho a la salud, entre otros que más adelante analizaremos.

En la actualidad, prácticamente todos los países han ratificado el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales con la excepción de Estados Unidos, que no lo ha hecho aún.[1] En cuanto a nuestro país, la Constitución de 1949 –de avanzada para su tiempo– había reconocido estos derechos,[2] en el marco del

1. Tampoco lo han suscripto Mozambique, Botswana, Sudán del Sur, Arabia Saudita y Omán. Según página web de ONU al 5 de agosto de 2018. Disponible en: http://indicators.ohchr.org/.
2. La Constitución social del 49 divide claramente los derechos civiles y políticos enumerados en el capítulo II –a los cuales se refiere como derechos, deberes y garantías de la libertad personal– de los derechos sociales económicos y culturales descriptos en forma minuciosa en los siguientes. En el capítulo III detalla estos derechos bajo el título "Derechos del

constitucionalismo social. El Pacto ha sido ratificado por Argentina en el año 1986 y goza de jerarquía constitucional desde el año 1994. Argentina, además, es parte del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

## Marco legal

Los derechos económicos sociales y culturales se encuentran regulados en diversos instrumentos legales que a continuación desarrollaremos.

El primero a analizar es el ya mencionado Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales sancionado por la ONU en 1966. El artículo 1 del Pacto dispone:

> 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
> 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
> 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

El inciso 1 del presente artículo merece un breve comentario. Cuando se refiere a que todos los pueblos *tienen derecho a la libre determinación* nos debemos preguntar a que apunta con eso. Básicamente, lo que implica es que todos los pueblos tienen derecho a gobernar su propio territorio, elegir su forma de gobierno, sus propias autoridades y administrar las riquezas.

Esto rompe con el sistema del colonialismo territorial, una idea que rigió durante varias décadas: una visión eurocentrista extractivista, que consideraba que Europa era la civilización y el resto la barbarie, y por esa razón debían ser los/as propios/as europeos/as quienes gobernaran territorios que no les pertenecían.

---

trabajador, de la familia, de la ancianidad, de la educación y la cultura". Ver especialmente sus artículos 37, 38 y 40.

En línea con lo anterior, resulta relevante analizar el inciso 3 del artículo que hace referencia a países que administran territorios, y los impulsa a promover la libre determinación. A su vez, el artículo 2 establece:

> 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.
> 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
> 3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

El inciso 1 del presente artículo dispone que los estados, para garantizar el cumplimiento de los derechos contenidos en el pacto, deberán utilizar el máximo de los recursos posibles. En otros términos, esto significa que los estados tienen la obligación de ejecutar la totalidad del presupuesto destinado a esta área.

El inciso 2 hace referencia al derecho humano a la no discriminación y deja abierta la puerta a los estados para tomar medidas de acción positiva en caso de presentarse algún grupo en situación de vulnerabilidad.

El artículo 3 resulta de vital importancia al consagrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto".

En cuanto a los derechos laborales, se encuentran contenidos en los artículos 7, 8 y 9. Dentro de este grupo, se destacan derechos a un trabajo digno, derecho a formar sindicatos, el derecho a huelga y el derecho a la seguridad social.

Luego, en el artículo 10 se consagran derechos tendientes a la protección de la familia. Entre ellos, la garantía del libre consentimiento de ambas partes para contraer matrimonio, la protección de la mujer embarazada y por último el derecho de niños y niñas exigiendo a los estados la prohibición del trabajo infantil.

En tanto, el artículo 11 garantiza el derecho a una alimentación sana y adecuada, llamando a los estados a ser responsables de evitar el hambre en sus

nacionales adoptando medidas tendientes a mejorar los procesos agropecuarios y, a su vez, garantizando la justa distribución de los alimentos.

Por su parte, el derecho a la educación se encuentra consagrado en los artículos 13 y 14. Allí se dispone la obligatoriedad de la escuela primaria; en cuanto a la escuela secundaria y la universidad, el pacto exige a los estados que tomen todas las medidas posibles para hacerlas accesibles.

Por último, en el capítulo de los derechos reconocidos aparece el artículo 15, el cual consagra los derechos culturales.

Existe además un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[3] que Argentina ha ratificado. Aunque aún no goza de jerarquía constitucional, sí la tiene supralegal[4] y dota de mayor eficacia y herramientas al Pacto del Sistema Internacional de mayor pertinencia en la materia.

## Sistema Interamericano

Los derechos económicos, sociales y culturales también están presentes en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En el artículo III se consagra la libertad religiosa y de culto. En breves palabras, esto implica que los estados deben garantizar que cualquier persona dentro de su territorio profese la religión que crea y no tenga obstrucciones ni actos discriminatorios por ello.

El artículo XI dispone la preservación de la salud y al bienestar. Nuevamente se consagra la responsabilidad del estado en invertir lo máximo posible para garantizar un nivel de salud adecuado a su población.

El artículo XII destaca el derecho a la educación, al cual nos hemos referido anteriormente. En tanto, el artículo XIII se refiere a los beneficios de la cultura, lo cual implica que los Estados tienen la obligación de fomentar el acceso a la cultura promoviendo políticas activas.

Por su parte, el artículo XIV consagra el derecho al trabajo y a una justa retribución, el XV al descanso y a su aprovechamiento, y el XVI a la seguridad social.

Finalmente los derechos laborales también se hacen presentes, en el artículo XXI que consagra la libertad de reunión y en el XXII de asociación.

En línea con lo anterior, es menester destacar que estos derechos también están reconocidos por la convención madre de los derechos humanos a nivel

3. Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008. Entró en vigor el 5 de mayo de 2013. Hasta el 5 de agosto de 2018 solo 23 países lo han ratificado, 26 lo firmaron sin ratificarlo aún y 149 ni siquiera lo han firmado. Disponible el mapa interactivo en: http://indicators.ohchr.org/.

4. En el punto 2.2 del capítulo XX analizamos las herramientas de defensa del ambiente en el Derecho Internacional y allí volveremos sobre él.

interamericano que es la Convención Americana de Derechos Humanos, más conocida como el Pacto de San José de Costa Rica.[5]

Previo a detallar qué derechos sociales, económicos y culturales están allí contenidos es importante destacar que la mayoría de los países que han ratificado este Pacto aceptan la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Qué significa esto? Que ante cualquier violación de los derechos contenidos en dicho Pacto los estados son susceptibles de ser responsables internacionalmente y deberán cumplir con las sentencias que emita la Corte.

Esto, sin lugar a dudas, es un avance enorme en materia de Derechos Humanos ya que los estados no solamente expresan su intención de cumplir con lo que han firmado, sino que además deberán cumplirlo sometiéndose a un mecanismo de exigibilidad.

El Pacto de San José de Costa Rica contiene los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26:[6]

> Artículo 26. Desarrollo progresivo.
> Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

El pacto exige a los Estados que tomen todas las medidas administrativas y/o legislativas posibles para alcanzar el desarrollo de estos derechos progresivamente.

Hoy esta cláusula que establece el *principio de progresividad* es interpretada como de *no regresión*. Esto es, una vez conquistado determinado estatus de

5. Veinticinco naciones se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Sin embargo, Trinidad y Tobago denunció a la Convención Americana sobre Derechos Humanos por medio de un comunicado dirigido al secretario general de la OEA el 26 de mayo de 1998 (Fecha de egreso: 26 de mayo de 1999) en razón del interés de ese Estado de seguir utilizando la pena de muerte como estrategia judicial, pero volvió a adherirse luego de realizar la reserva correspondiente en virtud a la pena de muerte citada. Igualmente lo hizo Venezuela en 2012 al presentar la nota oficial diplomática 000125, la cual expresaba la decisión del Estado de retirarse de la Corte IDH. Lamentablemente Estados Unidos y Canadá siendo parte de OEA no son parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

6. En los proyectos de Convención los derechos económicos sociales y culturales tenían una mayor extensión, luego quedaron reducidos a este artículo. Por ello fue un gran logro más de veinte años después alcanzar los consensos para el Protocolo adicional de San Salvador.

derechos no puede volverse atrás o bajarse la vara. Esto es fundamental en materia de derechos sociales y económicos y en materia ambiental.

Resulta pertinente hacer un análisis sobre el artículo en cuestión y relacionarlo con algunos avances que se dieron en nuestro país en esta materia.

Un caso específico para analizar es la Asignación Universal por Hijo implementada desde el año 2009 por la República Argentina. Esta política de Estado llevó a que todos/as los/as niños/as, sin excepción, tengan una cobertura por parte del Estado para garantizar los derechos básicos de alimentación con la obligación de la asistencia escolar. Con esta medida, se reconocen dos de los derechos que estamos estudiando. En primer lugar, el derecho *a la alimentación* ya que con el dinero que reciben los/las madres/padres y/o tutores/as se garantiza la compra de alimentos necesarios para la nutrición del/la niño/a. Y, en segundo término, la obligación de escolaridad por parte de los/as niños/as es un claro reconocimiento al derecho *a la educación*.

Es importante, luego de haber leído los artículos del Pacto, reiterar que la importancia de la existencia de una convención que contenga Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el ámbito interamericano reside en que para aquellos países, como la República Argentina, que hayan ratificado esta Convención y que además hayan sometido su responsabilidad frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estos derechos enumerados no son meras expresiones de deseos, sino que frente a algún incumplimiento los Estados son responsables internacionalmente y deben responder.

Además existe un específico Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador),[7] que Argentina ha ratificado y que sería bueno elevar al rango constitucional. Su principal objetivo es ampliar los derechos económicos, sociales y culturales para consolidar en América el respeto a la integridad de las personas, tal como lo señala su Preámbulo. Como toda herramienta internacional es necesaria la cooperación de los Estados partes para lograr de manera progresiva la plena efectividad de esos derechos reconocidos de acuerdo a la situación y normativa interna de cada uno de los Estados.

A partir de estos instrumentos se puede hablar del reconocimiento de un derecho al desarrollo humano sostenible que no se reduce solamente a lo económico, sino que abarca el respeto, la protección y la promoción del conjunto de los derechos humanos para todos los grupos e individuos; en especial para los/as más pobres, vulnerables y desfavorecidos/as.

7. Adoptado por la Organización de los Estados Americanos en la ciudad de San Salvador el 17 de noviembre de 1988. Entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999. Todos los Estados partes del Pacto de San José de Costa Rica lo han ratificado también, con excepción de Chile, Haití, Venezuela y República Dominicana, que solo lo firmaron y está pendiente de ratificación. En Argentina aprobado por Ley 24.658 y luego ratificado.

No existe uniformidad respecto a los caracteres de este grupo de derechos y cómo delimitarlos. Así por ejemplo, el derecho al trabajo, que puede ser visto como económico y también como social. También, a veces es difícil escindir los derechos sociales y los culturales (por ejemplo es difícil definir a cuál órbita pertenecen el derecho a la educación, al tiempo libre, etc.).

Como correlato de estos derechos debe pensarse no solo en el crecimiento económico de cada Estado –que debe ser garante de las condiciones para el acceso y goce a estos derechos–, sino más bien en su equitativa distribución de la riqueza. Pero además hoy también hay derechos que no se vinculan solo con lo material, y que requieren otras condiciones vinculadas al ambiente, al hábitat, la "calidad de vida" y el "nivel mínimo de vida aceptable", estándares mencionados en el Protocolo de San Salvador.

La mayoría de estos derechos son siempre individuales, pero a veces simultáneamente son derechos colectivos, del conjunto de la población y/o de un grupo en similares condiciones. Por ello, como veremos en el capítulo XIX, también pueden ser exigidos por medio de acciones colectivas.

En el artículo 1 del Protocolo de San Salvador los Estados se obligan a adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de sus recursos disponibles, para lograr el desarrollo progresivo. Posteriormente, uno a uno, los artículos del Protocolo van enumerando los diferentes derechos –con un lenguaje propio de la época que hoy en algunos casos resultaría discriminatorio:

- Derecho al trabajo y sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias;
- Derechos sindicales;
- Derecho a la seguridad social;
- Derecho a la salud;
- Derecho a un medio ambiente sano;
- Derecho a la alimentación;
- Derecho a la educación;
- Derecho a los beneficios de la cultura;
- Derecho a la constitución y protección de la familia;
- Derechos de la niñez; y
- Especial protección a los/as "ancianos/as" y a "los minusválidos/as".

Por último, el artículo 19 del Protocolo de San Salvador establece los Medios de Protección del mismo. En su inciso 6 se indica que en el caso del párrafo "a" del artículo 8 (derecho a los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección) y el artículo 13 (derecho a la educación), se podrá dar lugar a la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, cuando proceda, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior permite hacer estos derechos justiciables aplicando los preceptos de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, según los artículos 44 al 51, procedimiento ante la Comisión Interamericana y los artículos 61 al 69, sobre la competencia y procedimiento ante la Corte Interamericana. La justiciabilidad de estos derechos se daría en el caso en que ambos artículos del Protocolo fueran violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del mismo instrumento.

Además la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 19, inc. 7 del Protocolo de San Salvador).

A continuación, analizaremos un fallo reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador) en el cual se presentan violaciones al derecho a la educación y a la vez una clara presencia de actos discriminatorios por parte del Estado.

*Hechos*

Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía 3 años de edad presentó una hemorragia nasal que no se detenía y fue llevada por su madre al Hospital Universitario Católico, de la ciudad de Cuenca. La situación de la menor se fue agravando hasta que el médico de la Cruz Roja que la atendía dictaminó que necesitaba de manera urgente una transfusión de sangre y de plaquetas.

Su madre, para conseguir la sangre necesaria para su hija acudió al banco de sangre de la Cruz Roja del Azuay (Cuenca) y allí le indicaron que debía llevar donantes.

Entre los donantes que la madre llevó, uno fue el señor HSA (se utilizan siglas para no menoscabar la integridad personal), que tenía HIV. La transfusión a Talía se la hicieron con la sangre de ese señor y contrajo el virus del HIV.

A los 5 años de edad la menor fue inscripta en lo que nosotros/as denominaríamos jardín de infantes. Allí, transcurrió dos meses con total normalidad hasta que la maestra tomó conocimiento de la situación de Talía y se lo informó al director de la escuela. Este decidió apartar a la menor del jardín "hasta ver qué decían las autoridades de educación o buscar una solución al problema" (Humanos, 2015).

Ante esto, la madre decidió interponer recursos de amparo en el ámbito local. La respuesta de la justicia local ecuatoriana fue declarar inadmisible el recurso ya que "existía un conflicto de intereses, entre los derechos y garantías individuales de la menor frente a los intereses de un conglomerado estudiantil, colisión que hacía que predominaran los sociales o colectivos, como lo es, el derecho a la vida, frente al derecho a la educación" (Humanos, 2015).

Por otro lado, la madre relató en el proceso judicial que a raíz de lo ocurrido con su hija tuvieron que mudarse varias veces por hechos de discriminación contra la menor y el estado nunca les proporcionó una vivienda.

*Derecho a la educación*

En cuanto al derecho a la educación, la Corte Interamericana dispuso que el mismo se encuentra contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador. En ese sentido, la Corte es competente para decidir sobre casos contenciosos en torno a este derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 del Protocolo.

Es importante destacar el párrafo que la Corte le dedica al tema educación y a su vez a este derecho con personas que conviven con HIV/SIDA: en cuanto a la educación se debe velar en todos los casos que se cumpla con cuatro características que resultan ineludibles.[8] Deben existir la *disponibilidad*,[9] *accesibilidad*, la *aceptabilidad*[10] y la *adaptabilidad*.[11]

Además, la Corte concluyó que existen tres obligaciones para casos como los de Talía, es decir, derecho a la educación para personas que conviven con el HIV/

8. "Al considerar la correcta aplicación de estas 'características interrelacionadas y fundamentales' (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad), se habrán de tener en cuenta ante todo los superiores intereses de los alumnos". Comité DESC, Observación General Nº13: "El Derecho a la educación", adoptada en el 21º período de sesiones, 1999, U.N. Doc. E/C.12/1999/10, Párr. 7.

9. "Disponibilidad: Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.". Como se indica en el Tercer Informe Anual de la exrelatora especial para el derecho a la educación, la obligación de asequibilidad o disponibilidad también importa "la aplicación de indicadores que permitan, entre otras cosas, determinar un perfil de admisión a la escuela que incluya un desglose de los datos por todas las causas de discriminación prohibidas a nivel internacional. Al mismo tiempo, tales indicadores de asequibilidad debieran servir para la identificación de asignaciones presupuestarias en materia educacional que se supediten a la garantía de acceso a una educación libre y gratuita para todos los niños hasta la edad mínima para acceder a un empleo, junto con garantizar la progresividad de este derecho". Ver Nicolás Espejo Yaksic, "El derecho a la educación en el derecho internacional de los derechos humanos", en *Revista Pedagogía Universitaria y Did*áctica del Derecho [ISSN 0719-5885], Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, Universidad de Chile N°1, vol. 1, 1er. semestre de 2014, pp. 24-25.

10. "Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13)"; *Idem*, p. 25.

11. "Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados"; *Idem*, p. 26.

SIDA. En primer lugar, dispone el derecho a disponer de información oportuna y libre de prejuicios sobre VIH/SIDA. Luego, afirma la prohibición de impedir el acceso a los centros educativos a personas con VIH/SIDA. Por último, establece que el derecho a la educación promueva su inclusión y no discriminación en el entorno social.

A continuación, haremos un punteo de las principales conclusiones a las que arribó la Corte:

- La Corte constató que la decisión adoptada de retirar a la niña del jardín tuvo como fundamento principal la situación médica de Talía, por lo cual hubo una diferencia de trato por la condición de salud.
- El riesgo real de que Talía pudiera contagiar a sus compañeros y compañeros resultaba absolutamente reducido y la medida tomada por el jardín resultó desproporcionada.
- No existió *adaptabilidad* del entorno educativo a la situación de la menor, como, por ejemplo, tomar medidas de bioseguridad o similares que deben existir en todo establecimiento educativo para la prevención general de la transmisión de enfermedades.
- La Corte consideró que la necesidad que tuvo la menor y su familia de esconder la enfermedad para poder acceder y permanecer en el sistema educativo constituyó un desconocimiento al valor de la diversidad humana.
- Por todo lo expuesto, la Corte determinó que Talía sufrió una discriminación derivada de su condición de persona con HIV, niña, mujer y viviendo en condición de pobreza. En ese sentido, la Corte concluyó que el Estado ecuatoriano violó el derecho a la educación contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación a los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana.

**Sentencia**

La Corte ordenó al Estado ecuatoriano brindar gratuitamente el tratamiento médico y psicológico, incluyendo el suministro gratuito de los medicamentos que eventualmente se requieran, tomando en consideración sus padecimientos.

Así también, la Corte dispuso que el Estado adopte las recomendaciones de la médica o médico de confianza que la menor señale. Además, dispuso que el Estado deberá otorgarle una beca a Talía para continuar con sus estudios universitarios y una beca para la realización de un posgrado. En línea con los párrafos antecedentes, la Corte dispuso la entrega a Talía de una vivienda digna en el plazo de un año. Finalmente, la Corte dispuso el pago de una indemnización de una suma fija de dinero a Talía.

**Reflexiones sobre el fallo**

En líneas generales, podemos decir que el fallo es abarcativo, es concreto y deja en claro cuáles han sido los incumplimientos por parte del Estado ecuatoriano. Focaliza especialmente en los derechos a estudiar y aprender, a desarrollarse y a tener una vivienda digna. Hace hincapié en la situación de extrema pobreza que padeció la niña Talía.

Sin embargo, queda en el tintero una materia pendiente que es la no discriminación. No resulta del fallo una clara condena a los hechos discriminatorios que tanto Talía como su madre tuvieron que sufrir. Creemos que un fallo ejemplar hubiese sido aquel que categóricamente condenara los hechos discriminatorios sucedidos desde la prohibición a la menor de asistir al jardín de infantes y fuera más contundente en los criterios para la no repetición.

## Situación en la Argentina

Nuestro país ha firmado y ratificado el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sus protocolos facultativos y también es parte del Pacto de San José de Costa Rica y el Protocolo de San Salvador. Con ello, la Argentina se somete en el campo de Naciones Unidas al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Sistema Interamericano a la CIDH y a la Corte IDH. La Argentina debe presentar ante el Comité DESC informes periódicos detallando la situación fáctica y legal en la mencionada materia y se somete también al sistema de investigaciones y al de peticiones (denuncias de ciudadanos/as contra el Estado nacional por violación a los derechos contenidos en el Pacto).

A nivel regional, Argentina es parte del Pacto de San José de Costa Rica y por ende acepta la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como también la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En ese sentido, nuestro país recibe denuncias de ciudadanos/as ante la Comisión y esta evalúa o bien arribar a una solución amistosa o si lo considera necesario eleva el pleito a la Corte. Los fallos de la Corte Interamericana son obligatorios para el país y tienen fuerza ejecutoria.

Podríamos decir que, a nivel legal, la República Argentina es uno de los países que más se ha comprometido y obligado a nivel mundial en esta materia.

Sin embargo, el plano fáctico no es tan auspicioso como el legal. En ese sentido, cabe destacar los altísimos niveles de pobreza y exclusión existentes, como la enorme cantidad de ciudadanos/as sin acceso a una vivienda digna y a los servicios básicos como lo son la luz, el agua y la electricidad, y la deficiente cobertura y prestación en materia de salud y decreciente cobertura en infraestructura y calidad educativa.

Resta aún cumplir con los derechos de acceso a la educación a nivel inicial y secundario ya que existe falta de infraestructura y por las situaciones de pobreza y pobreza extrema en que se encuentran millones de personas en nuestro territorio, y un altísimo nivel de deserción escolar especialmente en la escuela secundaria.

Como contrapartida, a nivel cultural, Argentina es un país pluricultural donde conviven todas las etnias y religiones pacíficamente.

## Reflexiones finales

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales son de una importancia vital para cualquier Estado que quiera alcanzar un nivel de desarrollo aceptable. Es un conjunto de derechos que de forma integral abarcan todas las necesidades del ser humano.

Hubo una gran evolución en la cantidad de países que han ratificado el Pacto. Sin embargo menos países han suscripto su Protocolo Facultativo. Algo similar ocurre a nivel del Sistema Interamericano.

La realidad actual, en los niveles nacional, regional y global, demuestra que todavía falta demasiado camino por recorrer para alcanzar el cumplimiento básico de estos derechos. El accionar de los Comités resulta insuficiente para lograr que los estados tomen políticas activas y, a la vez, estos organismos no previenen, sino que exhortan y en el mejor de los casos la Corte repara a posteriori, lo que resulta ineficaz a la hora de intentar el pleno cumplimiento de los derechos. Por lo cual se debería fomentar la creación de un mecanismo participativo a nivel de cada Estado más eficaz tendiente al monitoreo y control de aplicación de políticas para el cumplimiento de los derechos, con un rol permanente y activo por parte del Estado y a la vez abrir las puertas a la ciudadanía en general, como por ejemplo dando mucha más participación a las organizaciones no gubernamentales dedicadas a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

## Texto de Vandana Shiva para el debate

> […] el tema del alivio a la pobreza es un tema candente en lo relativo al capitalismo patriarcal y la destrucción de la naturaleza que se hace supuestamente para combatir la pobreza. Es como una profecía autocumplida. Porque si tú defines a la pobreza como ausencia de mercantilización, entonces la mercantilización se vuelve el remedio contra la pobreza. Pero si te mueves hacia el nivel ecológico, material, las preguntas son ¿está comiendo la gente adecuadamente? ¿Tiene agua limpia para beber? ¿Tienen aire fresco? ¿Tienen

felicidad? ¿Poseen paz y armonía? Si tú concibes eso en términos de pobreza, de hecho cualquier proyecto de alivio a la pobreza se convierte de hecho en un proyecto de creación de pobreza. Y es por eso que en cualquier lugar del mundo los pueblos indígenas están luchando contra aquellos proyectos que les dicen: "Esto es bueno para ustedes". Y ellos les responden: "No, esto no es buenos para nosotros; paren de robarnos nuestras tierras, de saquear los recursos mineros, de extraer nuestra agua". La gente sabe qué es bueno para ella. Ellos saben que tales proyectos los dejarán sin tierra, los arrojarán a los suburbios de las ciudades; saben que tendrán que sobrevivir a través del crimen, porque no habrá trabajos decentes para ninguno de ellos. Saben que tendrán que gastar más y más para pagar lo que estaba disponible de manera gratuita en la naturaleza. Por ejemplo, Jeffrey Sachs, de la Universidad de Columbia, dice en su libro *Haciendo de la pobreza historia* que un paso para eliminar la pobreza es sacar a la gente del mundo rural; detener la agricultura. Y, por supuesto, promueve los transgénicos y a Monsanto para África. El problema de la pobreza para él se resuelve con que la mayoría de los pobres dejen de ganar un dólar diario. Pero tú no necesitas un solo dólar para vivir bien si la naturaleza es saludable; no lo necesitas si tienes una economía saludable. Y, por otro lado, puedes tener 20 dólares al día y ser extremadamente pobre. Porque la electricidad es cara, hay que pagar por el agua, la educación no es gratuita, también hay que pagar por la salud. Aquí la pregunta no es cuánto ganas, sino cuánto gastas. El Banco Mundial nos hace trampa con eso: se nos dice que mientras más gastemos, más ricos nos hacemos. ¡No! Mientras más gastamos, más nos estamos endeudando: la venta de tu tierra por una consulta médica, o por semillas o agroquímicos. Ellos juegan con las medidas de la pobreza. Tenemos que regresar a las medidas verdaderas de la pobreza: es decir, cómo estás viviendo. Y eso no se puede medir a través del dinero.

(Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo, "Diálogo sobre Ecofeminismo con Vandana Shiva", Quito, 26 de noviembre de 2010).

## Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2002 y 2004.

Despouy, Leandro: "La Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", Informe final sobre los derechos humanos y la extrema pobreza, Ginebra, 1996, Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1996/13.

Espejo Yaksic, Nicolás: "El derecho a la educación en el derecho internacional de los derechos humanos", en *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del*

*Derecho* [ISSN 0719-5885], Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, Universidad de Chile N°1, vol. 1, 1er. semestre de 2014, pp. 20-35.

Gargarella, Roberto: "El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema", en Cante, Freddy y Ortiz, Luisa (comps.), *Umbrales de Reconciliación, Perspectiva de Acción Política No violenta*, Bogotá, Centro de Estudios Políticos e Internacionales (CEPI) y Facultad de Ciencia Política y Gobierno y de Relaciones Internacionales, Universidad del Rosario, 2006.

Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (coords.): *Comentarios a la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: Una mirada Igualitaria.* Buenos Aires, La Ley - Thomson Reuters, 2016. Tomos I y II.

Gargarella, Roberto (comp.) y otros: *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria.* Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

Maurino, Gustavo, Nino, Ezequiel y Sigal, Martín: *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jursiprudencial y Comparado*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

Travieso, Juan Antonio: "Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución de 1994 y en el derecho internacional", en *La Ley* 1996-C, 1085.

UCA. Observatorio de la Deuda Social Argentina. Barómetro de la Deuda Social de la Infancia: *(In)equidades en el ejercicio de los derechos de niñas y niños. Derechos Humanos y sociales en el periodo 2010-2017*. Buenos Aires, EDSA, 2018.

Ventura Robles, Manuel E.: "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales". Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-3.pdf (consultado el 3 de agosto de 2018).

*Páginas web*

ACIJ: https://acij.org.ar/

CELS: https://www.cels.org.ar/web/

UCA: Observatorio de la Deuda Social Argentina. http://uca.edu.ar/es/observatorio-de-la-deuda-social-argentina

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Buscador de jurisprudencia: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es

*Documentos Internacionales*

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[12]

Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".[13]

Observaciones Generales y a la Argentina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

CIDH: Informe sobre pobreza y derechos humanos en la Américas. 2017. Disponible en http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf (consultado el 4 de agosto de 2018).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº13: "El Derecho a la educación", adoptada en el 21º período de sesiones, 1999, U.N. Doc. E/C.12/1999/10.

Corte IDH. Opiniones consultivas: -Medio ambiente y derechos humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A Nº23. -Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A Nº21.

*Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Aloeboetoe contra Suriname.[14]

Baena Ricardo y otros contra Panamá.[15]

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua.[16]

Cinco Pensionistas contra el Perú.[17]

12. Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008. Entró en vigor el 5 de mayo de 2013.

13. Adoptado por la Organización de los Estados Americanos en la ciudad de San Salvador el 17 de noviembre de 1988. Entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999. Todos los Estados partes del Pacto de San José de Costa Rica lo han ratificado también, con excepción de Chile, Haití, Venezuela y República Dominicana, que solo lo firmaron y está pendiente de ratificación; en Argentina, aprobado por Ley 24.658.

14. Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones a los saramacas (maroons) (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C Nº15.

15. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores). Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C Nº72.

16. Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (demarcación de tierras de pueblos originarios). Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C Nº79.

17. Corte IDH, Caso "Cinco Pensionistas". Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C Nº98.

*Jurisprudencia CSJN*

Discapacidad - Acceso a la vivienda digna: Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo.

Derecho al agua y a la alimentación: Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento.

Derecho al agua potable: Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo.

Derecho de huelga: Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo.

Inconstitucionalidad del tope legal a la indemnización por despido del art. 245 LCT: Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido.

Estabilidad del empleado público - Estabilidad propia y reinstalación: Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación.

Derecho a la libertad de asociación sindical: Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales.

*Actividad recomendada por cátedra*

Visita al Museo de la Deuda Externa: Uriburu 763. Teléfono: (011) 5285-6748.

# Capítulo XIX
# No discriminación, igualdad y diversidad

*Tatiana Hirschhorn y María José Lubertino Beltrán*

Este capítulo tiene para el equipo de la Cátedra Lubertino un valor especial, ya que los miembros de la misma hemos sido parte de una institución clave en materia de igualdad y no discriminación: el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). Desde el espacio que cada uno/a ocupó en dicho organismo hemos desarrollado acciones que trascienden nuestra participación en él y que han derivado en la visibilización y problematización del fenómeno de la discriminación en nuestro país. Este capítulo dará cuenta de los conceptos principales en materia de discriminación e igualdad desde una perspectiva de derechos humanos.

En esta ocasión habremos de encarar el desafío de desarrollar una definición de "discriminación" acorde al paradigma de derechos humanos vigente en la Argentina del siglo XXI. Este "intento" nos obliga a deshacernos de muchos lugares comunes que suelen formar parte de nuestro imaginario y que solemos considerar "verdades", a partir de los conocimientos procedentes del "sentido común". Esta aclaración deviene necesaria a partir de la gran difusión y visibilidad que el fenómeno de la discriminación cobró en nuestro país en los últimos años, a raíz de los motivos que expondremos más adelante, y que hace que todos/as tengamos una caracterización preconcebida de lo que es la discriminación.

En aras de lograr nuestro objetivo, será preciso caracterizar la discriminación como aquel fenómeno que niega el derecho a la igualdad. La igualdad, en términos jurídicos, debe ser considerada en dos facetas: como igualdad formal y como igualdad de oportunidades.

El primer tipo de igualdad, la igualdad formal, está consagrada en el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional y significa que todas las personas somos iguales ante la ley. Esta igualdad, propia del movimiento liberal y concebida como un logro del Constitucionalismo Clásico, significa que ante la ley no habrá privilegios ni diferencias de nacimiento ni título alguno que habilite diferenciación alguna.[1]

1. En la India, el sistema de castas implica diferencias de nacimiento que bajo ninguna circunstancia podrán ser abolidas. Ver http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160222_internacional_casta_jat_india_protestas_agua_ac.

Aunque a primera vista parece una verdad de perogrullo afirmar algo así, su consagración normativa ha sido una conquista del constitucionalismo clásico. El tratamiento diferencial por parte de los tribunales judiciales ha sido una constante en la historia de la humanidad. Y aunque no sucede en nuestro país, muchos Estados a nivel mundial admiten en la actualidad la existencia de castas y de privilegios de origen, legitimando y habilitando de esta manera que la justicia conceda a algunos/as lo que a otros/as niega.

La conceptualización sobre la igualdad formal habrá de mejorar luego de definir qué entendemos por igualdad de oportunidades. Esta última significa que todas las personas, independientemente de nuestro lugar de origen, condición social, género o cualquier otro motivo, tenemos derecho a gozar exactamente de las mismas oportunidades de ejercer nuestros derechos. A efectos de lograr este objetivo, será preciso en muchas ocasiones habilitar ciertas desigualdades en pos de lograr la efectiva igualdad de oportunidades. Igualdad de oportunidades, o igualdad de recursos, es que todos/as los/as habitantes de la Nación contemos con la posibilidad de ejercer nuestros derechos y en consecuencia, el Estado tendrá hacia nosotros/as la obligación de proveernos herramientas que nos habilitarán al pleno ejercicio de nuestros derechos.[2]

## Orígenes de la discriminación en la Argentina

Una vez que hemos identificado en qué consiste la discriminación, dedicaremos algún tiempo a indagar sobre los orígenes de este fenómeno. A lo largo de la historia, las personas hemos constituido nuestra propia identidad negando la identidad de otro/a u otros/as. Para afirmarnos en tanto miembros de un colectivo, hemos necesitado negar dicho colectivo, rechazarlo e incluso –mal que nos pese– denostarlo. Este proceso de conformación de identidades ha llevado a muchas tragedias de la humanidad, en aras de perseguir la eliminación del/los otro/a/os/as. Los casos del Genocidio Armenio y el Holocausto Judío son situaciones límites que reflejan esta persecución, que va de la mano del odio, constituyendo expresiones de exacerbado nacionalismo.

Otra circunstancia sobre la cual debemos llamar la atención es que el fenómeno de rechazar lo diferente a nosotros/as mismos/as adopta distintas variantes.

2. La política pública consistente en la creación de universidades a lo largo y ancho del país es un claro ejemplo de la puesta en práctica de la igualdad de oportunidades. Actualmente no es necesario trasladarse a la Ciudad de Buenos Aires para acceder a una carrera universitaria en una institución de prestigio, ya que existen instituciones que garantizan el acceso a la educación pública y gratuita en todo el país.

En particular, la sociología, la filosofía y el derecho han encontrado un campo fecundo para el estudio de las sociedades y han elaborado categorías que abarcan estos sucesos.

Una sociedad tan heterogénea como la que muestra el censo de 1914 para la República Argentina genera preocupaciones en torno a la identidad nacional y discusiones relativas a considerar al país como una sociedad razonablemente bien integrada, en la cual los/as inmigrantes se habían asimilado sin dificultad, o por el contrario, pensar que coexisten en forma autónoma o conflictivamente distintas culturas. El primer modelo sería el conocido como "crisol de razas" mientras que el segundo sería el "pluralismo cultural".[3] Ante este contexto, la política de nacionalización incluyó la escuela pública como dispositivo de imposición de identidad.

A mediados del siglo XIX, el faro de la civilización estaba al norte de Europa. No obstante, la respuesta a los requerimientos de nuestro país no vino desde Europa del norte sino del sur: hubo cambios de corrientes migratorias alrededor de 1850/1860, cuando llegan muchos inmigrantes del norte y a partir de entonces dicho flujo decae. Argentina se vuelve atractiva como destino para los inmigrantes en 1870/90 –justo cuando decae el flujo del norte–, inaugurando una política de puertas abiertas organizada en el modelo agroexportador. Hasta el año 1870 podemos caracterizar a la Argentina como un país importador de alimentos; luego de 1870 habrá de convertirse en exportador. La clave de este giro hay que buscarla en la agricultura y la ganadería.

En este contexto, la incorporación a nuestra Constitución Nacional del artículo 25 refleja el escenario de la época: "El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes".

Al mismo tiempo, surge la pregunta sobre cómo construir una identidad nacional en un país repleto de inmigrantes. La legislación argentina no distingue entre argentinos/as y no argentinos/as en materia económica. Héroes, museos, monumentos y fiestas patrias habrán de erigirse en símbolos de la identidad nacional entre 1880 y 1890. En este contexto se produce el cambio de la inmigración como agente civilizatorio versus la migración como portadora de nueva barbarie. En términos de Devoto (2003):

> Los finales de la década de los ochenta resumen entonces algo que podríamos denominar un primer conjunto de motivos en torno a la inmigración y la nación, la identidad, la nacionalidad, consagraban además un

3. Fernando Devoto, *Historia de la inmigración en Argentina*, 2003, Buenos aires, Sudamericana.

> primer momento de instauración de una pedagogía de las estatuas, y más en general de los llamados lugares de la memoria (los símbolos identitarios), a la usanza de lo que ocurría en países europeos como Francia. Solo que aquí en parte se hacía contra otra pedagogía patriótica: la instaurada por las elites inmigrantes. Lucio V. López y Joaquín V. González consideraron ya entonces necesario, a fines de la década de 1880, apelar a "construir", es decir, inventar, la "tradición nacional" y Francisco Ramos Mejía redescubrió, alabándolas, las potencialidades democráticas que escondían la herencia española y el legado colonial. Sin embargo, todas esas iniciativas fecundarían solo posteriormente, ya que entonces no constituyeron un movimiento unívoco, ni de amplitud suficiente como para sostener un cambio concreto de políticas.[4]

El comienzo del nuevo siglo trajo aparejado un cambio de paradigma: el/la inmigrante, en tanto personaje "inquietante" se convierte en un/a portador/a de un virus cuyo remedio es la educación patriótica (homogeneización de tradiciones) y aparece como necesario el hecho de inculcar una fervorosa identificación con la nueva patria. El lento cambio de percepciones de los/as inmigrantes, de clases laboriosas a clases potencialmente peligrosas, lo reveló simultáneamente la discusión sobre un nuevo sistema electoral y sobre la permanencia de los/as extranjeros/as. Ramos Mejía combate con nacionalidad el cosmopolitismo y lanza una campaña de educación patriótica. Los símbolos patrios adquieren una nueva relevancia y aparece el culto a la bandera y al himno. En la currícula educativa hay más horas dedicadas a historia y geografía *como forma de adoctrinamiento escolar*, tomando el ejemplo francés. Esta empresa devino exitosa y logró que los/as hijos/as de inmigrantes se identificaran con el país. En el año 1883 se sanciona la Ley N°1420 que establece la escuela laica, gratuita y obligatoria. En forma concomitante en el plano cultural hay un progresivo agrietamiento de las identidades étnicas: pérdida de la lengua; ausencia de rebeldía o resistencia a los rituales provenientes del lugar de origen. La argentinización conlleva costos que internamente fueron autorizados al interior de cada familia. Hay actividades culturales que conllevan pertenencia y crítica, como el teatro. El sainete condensa la burla y escarnio del/la migrante, siendo festejado incluso por los/as hijos/as de los/as migrantes. El carácter híbrido y multifacético de la inmigración hace de la Argentina un mosaico donde hay piezas sueltas que requieren de un elemento aglutinador.[5]

4. Fernando Devoto, *Historia de la inmigración en Argentina* (capítulo 6 La Inmigración de masas y capítulo 7 Antes de la Primera Guerra), 2003.
5. *Ibidem*.

Al problema de cómo reconstruir una identidad nacional –sepultada por la heterogeneidad– venía a sumarse la emergencia de una problemática social con la aparición de una creciente conflictividad laboral y de una paralela violencia política alternativa, por parte de grupos de activistas anarquistas que eran fácilmente identificados como otro resultado de la inmigración indiscriminada. Además, el mito argentino de la tierra de promisión era utilizado recurrentemente por gran parte de las elites para negar la posibilidad de que la agitación social, fenómeno europeo, pudiera repetirse en las tierras americanas. Paralelamente a la cuestión social emergió también otra cuestión más general: los efectos no deseados de la creciente urbanización.

El gaucho, bajo la pluma de José Hernández, habrá de constituirse como símbolo de la Argentina; el jinete indomable se convierte en gaucho sedentario. Esta literatura contribuye a modificar la dicotomía entre civilización y barbarie. El gaucho aparece representado como hombre libre y a caballo siempre superior; el inmigrante mientras tanto remite al siervo de la gleba. Hay una operación ideológica contra 1880 y al mismo tiempo se va a redescubrir España, la antítesis del materialismo, el cosmopolitismo. Argentina es retratada como una sociedad que se conforma a partir de la unión. En este contexto se vislumbra una creciente xenofobia por parte de las elites que se traduce en la tendencia en europeizar gustos y buscar raíces en la época colonial.[6]

Caimari (2012) considera que en la construcción de la nacionalidad operaron tres vías maestras: el servicio militar obligatorio, la educación y la política. Las fuerzas armadas tuvieron una tarea de formación cívica que tendrá larga perdurabilidad en la autopercepción del rol que ellas tenían. La reforma militar se complementaba con la reforma política (la que simbólicamente utilizaría el padrón militar como instrumento confiable de registro político). En este sentido, tendría un papel regenerador del sistema político la reforma electoral promovida en 1911 por el presidente Roque Saénz Peña. El voto obligatorio, en línea con la educación pública que "argentiniza" y el servicio militar, forman el "amor a la bandera" como una escuela de ciudadanía. Los tres instrumentos eran reunidos por Sáenz Peña en una sola fórmula: "perfeccionamiento obligatorio". Y estaban destinados a resolver el problema de la nacionalidad a través de la integración de los/as hijos/as de los/as inmigrantes/as.[7]

El año 1918 traerá una segunda ola de importancia de migración europea y llegarán seis veces más extranjeros/as que en 1860/1880. Este "aluvión de inmigrantes" que llegó luego de la Primera Guerra Mundial podría haber reforzado

6. *Ibidem*.
7. Lila Caimari, "Población y sociedad, 1930-1960", en Alejandro Cattaruzza (coord.), *Argentina, mirando hacia adentro*, Tomo 4, Editorial Taurus, 2012.

sus enclaves, pero no fue así. En términos de Caimari (2012) ya había clubes, había tango y un mundo interétnico con un marcado perfil de sociedad de masas. Entrando en la década del 30 ya no hay problema con la construcción de nacionalidad, por el aparato de nacionalización antes mencionado. No se formaron subculturas que perduraron en el tiempo. Por el contrario, el servicio militar y la escuela pública actuaron como instituciones nacionalizadoras. El liderazgo moral de las elites se fue diluyendo.[8]

En este sentido, en los años treinta, los/as hijos/as de aquellos/as sicilianos/as, vascos/as, gallegos/as, "rusos/as" o "turcos/as" que se habían hacinado en el conventillo porteño son argentinos/as "nativos/as". Sus madres y padres han accedido en proporciones crecientes al sueño de la casa propia y al de una descendencia con niveles de educación cada vez mayores. Podemos dar por sentado que el dispositivo de argentinización ha operado con eficacia intimidante sobre los/as hijos/as de estos/as europeos/as, gracias a una maquinaria nacionalizadora que en las escuelas públicas no desdeña oportunidad de celebrar los rituales patrios diseñados con este objeto. Además, el servicio militar obligatorio para todos los varones de 18 años desde 1901 cumple una función asimiladora comparable.

Este breve y sintético repaso por la conformación de nuestra identidad y el trato brindado a los/as migrantes en nuestro país nos permitirá avanzar en materia de las políticas encaradas desde el Estado en pos de la inclusión y la igualdad. En todo momento, debemos tener presentes los conocimientos desplegados oportunamente, al hablar sobre genocidio, y la conformación del Estado nacional realizado a partir del etnicidio de los pueblos indígenas que anteceden a la conformación del Estado Argentino y que son expresamente reconocidos como habitantes originarios de la Argentina, a través del artículo 75 inc. 17 de nuestra Constitución Nacional.[9]

## Discriminación, racismo y xenofobia

Mientas que todos y cada uno de los instrumentos internacionales de derechos humanos concebidos en el marco de la Organización de las Naciones Unidas

8. *Ibidem*.

9. Art. 75, inc. 17, Constitución Nacional: "Corresponde al Congreso […]: 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones".

(ONU) consagra en su articulado la lucha contra la discriminación, estableciendo el "principio de no discriminación" como guía y/o directriz de sus postulados, la xenofobia y el racismo merecen una mención aparte.

En cuanto al concepto de "racismo", la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial, que en nuestro país goza de jerarquía constitucional desde el año 1994, indica que:

> En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

La especificidad del racismo consiste en la singularización de las diversidades biológicas, reales o ficticias, acompañado por estereotipos culturales y el establecimiento de relaciones de dominación social como su consecuencia. Por su lado, la xenofobia, como forma específica de racismo, comparte los caracteres discriminatorios, y su característica diferencial es el desprecio, odio o rechazo hacia personas migrantes de otras naciones (acompañado por prejuicios basados en rasgos físicos, culturales o religiosos).[10]

La xenofobia, es decir, el desprecio, odio o rechazo hacia personas migrantes provenientes de otras naciones, no es indiferente ante los sujetos sobre los que se ejerce: no es con cualquier población migrante que se despiertan las olas de odio o desprecio social. Más bien, hay ciertos grupos de migrantes sobre quienes recae el rechazo y, justamente, esos grupos están marcados por el racismo de alguna manera (ya sea por rasgos físicos, o culturales, como la lengua o la religión). En este sentido, vemos que la xenofobia comparte los mecanismos discriminatorios que caracterizan al racismo: las características socioculturales a partir de rasgos físicos y culturales, amenaza asociada a los/as otros/as. Por todo lo antedicho es que consideramos que, si bien se trata de conceptos diferentes, la xenofobia no puede ser entendida de manera acabada sin ser pensada junto al racismo.[11]

10. Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), *Racismo y Xenofobia: hacia una Argentina intercultural*, dirigido por Javier Alejandro Bujan, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, INADI, 2016. Disponible en la URL: http://201.216.243.171/biblioteca/wp-content/uploads/2016/03/racismo-y-xenofobia-hacia-una-argentina-intercultural.pdf.
11. *Ibidem*.

## El estereotipo

En todo acto o práctica de discriminación subyace la presencia de un estereotipo arraigado. Un estereotipo consiste en una imagen o idea que se tiene de un grupo basada en una generalización, donde se simplifican las características de esos/as otros/as y se cristalizan sobre unos pocos rasgos, comúnmente asociados a prejuicios. Suele ser fácil conformar estereotipos de un grupo diferente del propio y muy difícil hacerlo sobre un grupo al que se pertenece, siendo así porque tendemos a no reconocer la complejidad ajena, a no comprenderla en las mismas dimensiones que la propia. Es así que, al estar asociados a prejuicios, la mayoría de los estereotipos suelen ser discriminatorios.[12]

En términos de Goffman (1963), el concepto de estigma y sus sinónimos ocultan una doble perspectiva: el individuo estigmatizado, ¿supone que su calidad de diferente ya es conocida o resulta evidente en el acto, o que, por el contrario, esta no es conocida por quienes lo/la rodean ni inmediatamente perceptible para ellos/as? Mientras que en el primer caso estamos frente a la situación del/la desacreditado/a, en el segundo estaríamos frente a la del/la desacreditable. Esta es una diferencia importante, aunque es probable que un individuo estigmatizado en particular haya experimentado ambas situaciones. Goffman (1963) menciona tres tipos de estigmas. En primer lugar, las "abominaciones del cuerpo"; luego, los defectos del carácter del individuo que se perciben como falta de voluntad, pasiones tiránicas o antinaturales, creencias rígidas y falsas, deshonestidad.[13] Por último, existen los estigmas tribales de la raza, la nación y la religión, susceptibles de ser transmitidos por herencia y contaminar por igual a todos los miembros de una familia. Sin embargo, en todos estos diversos ejemplos de estigma, se encuentran los mismos rasgos sociológicos: un individuo que podía haber sido fácilmente aceptado en un intercambio social corriente posee un rasgo que puede imponerse por la fuerza a nuestra atención y que nos lleva a alejarnos de él/ella cuando lo/a encontramos, anulando el llamado que nos hacen sus restantes atributos. Posee un estigma, una indeseable diferencia que no habíamos previsto. Goffman (1963) llama "normales" a todos/as aquellos/as que no se apartan negativamente de las expectativas particulares que están en discusión.[14]

Con respecto al concepto de estereotipos, es útil traer a consideración la definición propuesta por Gamarnik:[15]

12 *Ibidem*.
13. Goffman (1963) entiende que "todos ellos se infieren de conocidos informes sobre, por ejemplo, perturbaciones mentales, reclusiones, adicciones a las drogas, alcoholismo, homosexualidad, desempleo, intentos de suicidio y conductas políticas extremistas".
14. Erving Goffman, "Estigma e identidad social", en *Estigma. La identidad deteriorada*, Buenos Aires - Madrid, Amorrortu, 1963, pp. 13-59.
15. Cora Edith Gamarnik, *Estereotipos sociales y medios de comunicación: un círculo vicioso*. Universidad de Buenos Aires, 2009. Disponible en la URL: https://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/question/article/view/826/727.

Un estereotipo es una representación repetida frecuentemente que convierte algo complejo en algo simple. Pero hay otras características que ayudan a complejizar este concepto: es un proceso reduccionista que suele distorsionar lo que representa, porque depende de un proceso de selección, categorización y generalización, donde por definición se debe hacer énfasis en algunos atributos en detrimento de otros. Simplifica y recorta lo real. Tiene un carácter automático, trivial, reductor. Los estereotipos son conceptos de un grupo, lo que un grupo piensa de otro o de otros. Lleva necesariamente implícito en su existencia un consenso. A través de la simplificación y la generalización, nos permiten organizar la información del mundo que nos rodea. Sirven para establecer marcos de referencia y son una forma de orientar nuestras percepciones. El estereotipo funciona a modo de sistema cognitivo selectivo que organiza nuestro pensamiento. Por último, las características que se seleccionan para categorizar los grupos tienen inevitablemente un anclaje con la realidad, no son inventadas o falsas, pero se escogen algunas entre una lista enorme de posibilidades. Esta selección se basa en una serie de prejuicios sobre el grupo a analizar. El problema está en que la selección de rasgos distintivos de los otros, realizada por un sector dominante, se acepta como representativa.

## El motivo de la discriminación, la intención en el acto discriminatorio y las categorías sospechosas

En términos generales, nuestra Corte Suprema de la Justicia de la Nación continúa los lineamientos de la jurisprudencia, doctrina y práctica norteamericanas. En este sentido, analizaremos el concepto de "categorías sospechosas", que refiere a categorías de personas que han estado históricamente en situación de desventaja. Atento a las características particulares de estos grupos de personas –que no son "minorías" sino por el contrario, en general son "mayorías" a quienes se oprime y subyuga–, quienes han sido sujetos de prácticas discriminatorias en el pasado, y continúan siéndolo en la actualidad, requieren de una protección judicial más intensa. Como consecuencia de esta situación histórica, subsisten en la actualidad desigualdades de hecho y de derecho y prejuicios arraigados que no permiten a sus encargados desplegar plenamente su personalidad en los diversos ámbitos de la vida social y política.[16]

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha considerado que en aquellos casos "neutrales en apariencia" es necesario demostrar la intención en orden

16. Ezequiel Nino, "Efecto o intención: cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación", en Roberto Gargarella, *Derecho Constitucional*, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.

a probar que existió discriminación. En "Arlington Heights vs. Metropolitan Housing Development Corp." vemos un ejemplo sobre cómo probar un caso de discriminación cuando la ley es aparentemente "neutral".[17] En este tipo de casos, será preciso satisfacer una serie de patrones para demostrar la intención:[18]

- Si puede probarse un impacto desproporcionado, extremo.
- Si se prueba que hubo ausencia de justificación para sancionar la ley.
- Si se puede ir en el tiempo para buscar los antecedentes de la sanción.
- Si puede demostrarse que hubo una desviación respecto a los estándares procedimentales corrientes o una inconsistencia de reglas sustantivas aplicadas frecuentemente.

En este orden de ideas, no es suficiente demostrar que el Estado sabía cuál sería el efecto de su política, sino que además es preciso demostrar que el propio Estado buscaba deliberadamente que dicho efecto tuviera lugar.

Esta jurisprudencia dio un giro a partir del caso "Bush vs. Gore". Corría el año 2000, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos falló en favor de permitir el recuento manual de votos en el estado de Florida. Esta decisión supuso un revés para quien era en aquel momento el candidato republicano, George W. Bush, quien buscaba aferrarse a su ventaja de 537 votos haciendo revocar la orden de la Corte Suprema del estado de Florida que permitía un recuento manual limitado. Esta sentencia, además de ser una sorpresa un tanto amarga para la campaña Bush, abrió una nueva jurisprudencia en materia de discriminación. La Corte sostuvo que "Puesto que es evidente que todo nuevo recuento buscando respetar la fecha del 12 de diciembre sería inconstitucional […] invalidamos la decisión de la Corte Suprema de Florida ordenando que se proceda a un conteo". Esta decisión anulaba la orden de recuento de 43.000 votos "dudosos" que había emitido el tribunal estadual. La Corte, considerando que hubo un trato discriminatorio hacia algunos/as votantes –aquellos/as cuyos votos no habrían de ser recontados–, cristalizó la opinión de que, independientemente del motivo, puede existir un trato discriminatorio, teniendo en cuenta el efecto de la decisión.[19]

Nuestros tribunales han receptado este criterio en diversas sentencias judiciales. Una de las más destacadas es la causa denominada "Fundación Mujeres

17. United States Supreme Court, Arlington Heights v. Metropolitan Housing Corp. (1977), No. 75-616. Argued: October 13, 1976 Decided: January 11, 1977. Disponible en la URL: https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/429/252.html.
18. Ezequiel Nino, "Efecto o intención: cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación", *op. cit*.
19. https://www.pagina12.com.ar/2000/00-12/00-12-13/pag23.htm.

en Igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/ amparo".[20] En dicha oportunidad, la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires consideró que las leyes que discriminan en perjuicio de las denominadas "clases sospechosas" deben pasar un test especial denominado "escrutinio riguroso" o "prueba de las libertades preferidas". En esta línea de análisis, quien sea demandado –en este caso, Freddo S.A.– deberá probar que su decisión es producto de un interés fundamental. En materia probatoria esto supone la "inversión de la carga de la prueba" cuando la decisión se efectúa bajo diferentes categorías de personas, una de las cuales es un grupo históricamente desaventajado.[21]

En este orden de ideas, nuestro país ha experimentado múltiples cambios en materia jurídica, que marcan nuevas e importantes diferencias con el esquema constitucional norteamericano. Esta ola de cambios tiene su punto de inflexión en el año 2003, a partir de la derogación y declaración de inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final.

En la bibliografía habremos de sugerir fallos, normativa y artículos doctrinarios que permitirán profundizar las líneas esbozadas en este capítulo.

## Las acciones positivas

Con relación a la expresión "acciones positivas", existen divergencias doctrinarias. El Comité para la igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa considera que se trata de una: "Estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales". Aunque también han sido descriptas como "medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad, sobre todo mediante las desigualdades de hecho"; "programa público o privado, diseñado para igualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente desaventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario"; "atribución de ventajas a determinadas categorías (individualizadas sobre la base de uno de los factores que, en principio, prohíben establecer diferencias) respecto de las cuales se ha demostrado una historia de discriminación que les ha limitado las posibilidades de acceso",

20. Disponible en la URL: http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-fundacion-mujeres-igualdad-otro-freddo-sa-amparo-fa02020188-2002-12-16/123456789-881-0202-0ots-eupmocsollaf.
21. Ezequiel Nino, "Efecto o intención: cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación", *op. cit*.

"instrumento de cambio en el seno de una estructura dada en la cual se delimita una nueva frontera de la igualdad", etc.[22]

El objetivo de la acción positiva es, genéricamente, el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y un grupo históricamente discriminado. Aunque en principio no persigue la igualdad entre los individuos, obviamente, el mejoramiento del grupo trae el de los individuos que lo forman.

La acción positiva se caracteriza por los siguientes elementos:[23]

a. La medida diferenciadora se refiere a un tipo de desigualdad por rasgos que, como el género, la raza o similares, tienen una doble cualidad:
   - Son transparentes e inmodificables para los individuos que lo portan.
   - Son considerados por la sociedad –tendencial o generalmente, aunque no necesariamente– de forma negativa, ya sea subestimando o de manera despectiva y/o hasta estigmatizadora.
b. Se produce en una situación de especial escasez, como sucede con los puestos de trabajo, plazas universitarias, viviendas, etc., lo que provoca que el beneficio de ciertas personas tiene como contrapartida un claro y visible perjuicio a otras.

En términos de Kemelmajer de Carlucci (2001):

> No hay coincidencia doctrinal sobre si hay un verdadero derecho subjetivo del ciudadano frente al Estado para que tome este tipo de medidas. Para algunos, la respuesta es decididamente negativa: las acciones positivas son sólo una técnica posible o permitida en manos del legislador bajo las condiciones estrictas de derecho constitucional, pero no pueden serle impuestas al Estado si éste no quiere asumirlas. Para otros, en cambio, en el derecho argentino, las medidas previstas en el art. 75 inc. 23 implican la obligación de legislar y promover políticas tendientes a efectivizar la igualdad de trato y oportunidad respecto de las personas más frágiles, como son los niños, los ancianos, los discapacitados, etc.[24]

Pese a las críticas que se suelen esbozar a este tipo de acciones positivas –también denominadas "cuotas"– reconocemos la necesariedad de las mismas, en una sociedad que históricamente ha discriminado y excluido a ciertos grupos. Por esta razón, teniendo en cuenta que se trata de medidas transitorias y que en

22. Aída Kemelmajer de Carlucci, "Las acciones positivas", 2001. Disponible en la URL: http://www.aaba.org.ar/ple104a2.htm.
23. *Ibidem*.
24. *Ibidem*.

un mundo ideal las mismas no debieran existir –ya que no serían necesarias–, es que nos pronunciamos a favor.

## Normativa

En el año 1988, se sancionó la Ley Nº23.592 sobre Actos Discriminatorios. En su artículo primero indica:

> Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Los motivos indicados en la norma constituyen una enumeración no taxativa, es decir, los motivos de actos discriminatorios no se agotan en los mencionados en el artículo 1 de la Ley 23.592, sino que deben ser entendidos a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos con vigencia en nuestro país, que los complementan y actualizan.

Oportunamente, el Poder Ejecutivo de la Nación, a cargo en aquel entonces del Dr. Néstor Kirchner, promulgó el documento titulado "Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación - La Discriminación en Argentina. Diagnóstico y Propuestas", aprobado por Decreto Nº1086/2005, que define una práctica discriminatoria como:

> a) crear y/o colaborar en la difusión de estereotipos de cualquier grupo humano por características reales o imaginarias, sean estas del tipo que fueren, sean estas positivas o negativas y se vinculen a características innatas o adquiridas; b) hostigar, maltratar, aislar, agredir, segregar, excluir y/o marginar a cualquier miembro de un grupo humano del tipo que fuere por su carácter de miembro de dicho grupo; c) establecer cualquier distinción legal, económica, laboral, de libertad de movimiento o acceso a determinados ámbitos o en la prestación de servicios sanitarios y/o educativos a un miembro de un grupo humano del tipo que fuere, con el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos o libertades fundamentales.

El "Plan Nacional contra la Discriminación", como se lo llama habitualmente, constituye una serie de enunciados y propuestas en materia de discriminación, xenofobia y racismo. Muchas de las propuestas allí plasmadas han sido cristalizadas en leyes y en prácticas a favor de la diversidad y la inclusión.[25]

El derecho a la igualdad ante la ley surge del artículo 16 de la Constitución Nacional; de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); de la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 7); de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 24); del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26) y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 15).

La prohibición de la discriminación, en tanto complemento del derecho a la igualdad antes referido, está consagrada expresamente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 2); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2).

En virtud del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos *ut supra* mencionados gozan de jerarquía constitucional. Asimismo, es preciso recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho en relación con la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales que ha sido establecida "por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22, párr. 2°), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación […]".[26]

## ¿Quiénes son las instituciones u organismos encargados de velar por la no discriminación y el derecho a la igualdad?

El Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) es un organismo descentralizado que fue creado mediante la Ley 24.515 en el año

25. Para una mayor profundización sobre la temática, los/as invitamos a leer: del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, *En el Camino de la Igualdad*, 2011.
26. Cfr. CSJN, "Giroldi", en La Ley, Tomo 1995-D, p. 461.

1995, con posterioridad a los atentados terroristas cometidos hacia el pueblo judío en nuestro país, y comenzó sus tareas en el año 1997. Desde el mes de marzo de 2005, por Decreto presidencial 184, se halla en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. En función de su ley de creación, el Instituto tiene por objeto elaborar políticas nacionales para combatir toda forma de discriminación, xenofobia y racismo, impulsando y llevando a cabo políticas públicas federales y transversales articuladas por la sociedad civil, y orientadas a lograr una sociedad diversa e igualitaria.[27]

Corresponde al INADI:

- Actuar como organismo de aplicación de la presente ley, velando por su cumplimiento y la consecución de sus objetivos, a través del análisis de la realidad nacional en materia de discriminación, xenofobia y racismo y la elaboración de informes y propuestas con respecto a dichos temas.
- Difundir los principios normados por la Ley 23.592, normas concordantes y complementarias, así como los resultados de los estudios que realice o promueva y las propuestas que formule.
- Diseñar e impulsar campañas educativas tendientes a la valorización del pluralismo social y cultural, y a la eliminación de actitudes discriminatorias, xenofóbicas o racistas; participando en la ejecución de esas campañas.
- Recopilar y mantener actualizada la información sobre el Derecho Internacional y extranjero en materia de discriminación, xenofobia y racismo, estudiar esos materiales y elaborar informes comparativos sobre los mismos.
- Recibir y centralizar denuncias sobre conductas discriminatorias, xenofóbicas o racistas y llevar un registro de ellas.
- Constituir un registro en el que se reunirán todos los documentos, pruebas y evidencias vinculadas con los objetivos del INADI.
- Brindar un servicio de asesoramiento integral y gratuito para personas o grupos discriminados o víctimas de xenofobia o racismo.
- Proporcionar patrocinio gratuito y, a pedido de parte interesada, solicitar vistas de las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los temas de su competencia.
- Proporcionar al Ministerio Público y a los tribunales judiciales asesoramiento técnico especializado en los asuntos relativos a la temática de su competencia.
- Informar a la opinión pública sobre actitudes y conductas discriminatorias, xenofóbicas o racistas que pudieran manifestarse en cualquier ámbito de la vida nacional, especialmente en las áreas de educación, salud, acción social y empleo; provengan ellas de autoridades públicas o entidades o personas privadas.

27. www.inadi.gob.ar.

- Constatar –prima facie– la existencia en el territorio argentino de personas que durante la Segunda Guerra Mundial o que posteriormente a ella participaron en el exterminio de pueblos, o en la muerte y persecución de personas o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad u opinión política; y cuando corresponda, efectuar las denuncias ante las autoridades competentes.
- Promover e impulsar cuando existan suficientes evidencias y de acuerdo a lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, las acciones judiciales y administrativas pertinentes con relación a las personas comprendidas en el inciso anterior.
- Establecer vínculos de colaboración con organismos nacionales o extranjeros, públicos o privados, que tengan similares objetivos a los asignados al presente Instituto.
- Proponer, al organismo competente, la celebración de nuevos tratados sobre extradición.
- Celebrar convenios con organismos y/o entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales, a efectos de propender a dar cabal cumplimiento a los objetivos asignados a este Instituto.

En el ámbito internacional existen diversos órganos encargados de velar por la igualdad y la no discriminación. En este sentido, el alto comisionado para los Derechos Humanos y la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías desempeñan tareas vinculadas con esta temática.

La Oficina del alto comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) representa el compromiso del mundo frente a los ideales universales de la dignidad humana y la comunidad internacional le ha conferido el mandato exclusivo de promover y proteger todos los derechos humanos. El alto comisionado para los Derechos Humanos es el principal funcionario de derechos humanos de las Naciones Unidas, quien encabeza el ACNUDH y dirige los esfuerzos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. Este órgano forma parte de la Secretaría de las Naciones Unidas.

Las prioridades temáticas del ACNUDH son: fortalecer los mecanismos internacionales de derechos humanos; fomentar la igualdad y luchar contra la discriminación; combatir la impunidad y reforzar la rendición de cuentas y el Estado de derecho; incorporar los derechos humanos a los planes de desarrollo y a la esfera económica; ampliar el ámbito democrático; y crear dispositivos de alerta temprana y protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto, violencia e inseguridad.[28]

28. Para mayor información los/as invitamos a visitar el sitio web: http://www.ohchr.org/.

La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, principal órgano subsidiario de la anterior Comisión de Derechos Humanos, fue establecida en 1947 con 12 miembros. Originalmente denominada "Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías", recibió su nuevo nombre en 1999. Actualmente, está conformada por 26 expertos/as independientes en la esfera de los derechos humanos, elegidos/as teniendo en cuenta la distribución geográfica equitativa, y que actúan a título personal. En 2006, la membresía consistía en siete expertos/as de África, cinco de Asia, cinco de América Latina, tres de Europa oriental y seis de Europa Occidental y otros Estados. Las principales funciones de la Subcomisión son realizar estudios sobre cuestiones de derechos humanos, formular recomendaciones relativas a la prevención de cualquier tipo de discriminación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales, y la protección de las minorías raciales, nacionales, religiosas y lingüísticas, y llevar a cabo toda otra función que se le pueda encomendar. Los estudios efectuados se han centrado en varios aspectos de la realización de los derechos humanos, la administración de justicia, la lucha contra la discriminación y la protección de las minorías, las poblaciones indígenas y otros grupos vulnerables. La Subcomisión suele describirse como "el grupo de expertos".[29]

Téngase presente que además de la expresa mención a la discriminación en todos los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, existen instrumentos internacionales vinculados específicamente con la igualdad y la no discriminación. Dichos instrumentos se mencionan a continuación:

- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1973).
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).
- Convención de los Derechos del Niño/a (1989).
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2007).

## Conclusiones

En nuestro país, los diversos grupos en situación de vulnerabilidad reciben una especial protección normativa. Partiendo de considerar que la discriminación por cuestiones socioeconómicas es la madre de todas las discriminaciones, existe

29. Para mayor información los/as invitamos a visitar el sitio web http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/subcom/.

normativa particular y acciones destinadas a garantizar los derechos de los diversos grupos históricamente en situación de vulnerabilidad.

En materia de Migrantes y Refugiados/as nuestro país tiene una mirada amplia, pluricultural e inclusiva. Así, se respeta la multiculturalidad y ello está especialmente consagrado en la Ley de Migraciones Nº25.871. En esta norma la migración es considerada un derecho humano. Además, nuestro país cuenta con una Ley General de Reconocimiento y Protección a los/as Refugiados/as, que garantiza el acceso efectivo a sus derechos en condiciones de igualdad.

Con relación a los/as afrodescendientes, pese al proceso sistemático de invisibilización, exclusión y marginación de la comunidad afro en la Argentina, existen actualmente ciertos avances y desafíos en materia legislativa nacional y local. A modo de ejemplo, cabe señalar su inclusión específica en el último censo nacional (2010).

A los Pueblos Originarios y Pueblos Indígenas se los ha reconocido expresamente como preexistentes a partir de la reforma constitucional del año 1994. Asimismo, se han dictado leyes de protección a las comunidades indígenas. Aunque en materia de políticas públicas resta mucho por hacer, lenta y parsimoniosamente se ha avanzado en el camino de la visibilización de los derechos de las comunidades indígenas.

Con relación a las personas con discapacidad, existe un sistema de cuotas reconocido en la normativa nacional. Asimismo, se ha otorgado expreso reconocimiento constitucional, a través del mecanismo previsto en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, a la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

El paradigma en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes ha sido modificado a partir de la sanción y promulgación de la Ley 26.061, que reconoce expresamente su carácter de sujetos de derechos.

Respecto a la diversidad sexual, la República Argentina es un Estado precursor. No solo por el reconocimiento del matrimonio igualitario, sino también por la Ley de Identidad de Género, que consagra el género a partir de la autopercepción.

Finalmente, en un contexto muy particular, y pese a los logros normativos en materia de igualdad de género, la Argentina vive un período oscuro en materia de derechos de las mujeres, dado que el machismo y el modelo hetero-patriarcal a diario cobran víctimas.

Aunque mucho se ha logrado, mucho más resta por hacer.

## Bibliografía

Bertoni, Liliana: *Patriotas, cosmopolitas y nacionalistas. La construcción de la nacionalidad a fines del siglo XIX*, Fondo de Cultura Económica, 2001.

Bjerg, María: *Historias de la Inmigración en la Argentina*, Editorial Edhasa, 2009, caps. 2, 3 y 4.

Caimari, Lila: "Población y sociedad, 1930-1960", en Cattaruzza, Alejandro (coord.), *Argentina, mirando hacia adentro*, Tomo 4, Editorial Taurus, 2012.

Cosse, Isabella: *Pareja, Sexualidad y Familia en los años sesenta*, Siglo XXI Editores, 2010, caps. 2 y 3.

Devoto, Fernando: *Historia de la inmigración en Argentina* (capítulo 6 La Inmigración de masas y capítulo 7 Antes de la Primera Guerra), 2003. Buenos Aires, Sudamericana.

Di Tella, Torcuato: "El impacto inmigratorio sobre el sistema político argentino", en Jorrat, Jorge R. y Sautu, Ruth (comps.), *Después de Germani*. Editorial Paidós, 1992.

Doyon, Louise: "La formación del sindicalismo peronista", en Torre, J. C. (comp.), *Los Años Peronistas (1943-1955)* Tomo VIII de Nueva Historia Argentina, Buenos Aires, Sudamericana, 2002.

Gamarnik, Cora Edith: *Estereotipos sociales y medios de comunicación: un círculo vicioso*. Universidad de Buenos Aires, 2009. Disponible en la URL: https://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/question/article/view/826/727.

Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (coords.): *Comentarios a la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: Una mirada Igualitaria.* Tomos I y II. Buenos Aires, La Ley - Thomson Reuters, 2016.

Gargarella, Roberto (comp.) y otros: *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria.* Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

Germani, Gino: "La inmigración masiva y su papel en la modernización del país", en *Política y sociedad en una época en transición*, cap. 7, 1970.

— *Autoritarismo, fascismo y populismo nacional*, caps. 6 y 7, 2003.

Gullco, Hernán: "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalista igualitario*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, pp. 173-190.

Gutiérrez, Leandro y Romero, Luis Alberto: *Sectores Populares. Cultura y Política*. Buenos Aires, 1995.

Maurino, Gustavo, Nino, Ezequiel y Sigal, Martín: *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jursiprudencial y Comparado*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

Saba, Roberto: "(Des)igualdad estructural", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalista igualitario*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, pp. 137-171.

Zaffaroni, E. Raúl: *El enemigo en el derecho penal*. Disponible en: http://www.geocities.ws/cindeunsch/doc/public/Zaffa03.pdf.

*Páginas web*

Asociación de Abogados de Derecho Indígena (AADI).

CASACIDN (Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional de Derechos del Niño).

100% Diversidad y Derechos.

CLADEM Argentina.

Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.

FALGBT (Federación Argentina Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans).

INADI (Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo).

INAI (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas).

REDI (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad).

*Jurisprudencia y documentos específicos*

**Migrantes y Refugiados/as:**

OIM: El impacto de las migraciones en Argentina, 2012.

Martínez Pizarro, Jorge: Globalizados pero restringidos. Una visión latinoamericana del mercado global de recursos humanos calificados, 2005.

Mora, Luis: Las fronteras de la vulnerabilidad: género, migración y derechos reproductivos, 2002.

Benencia, Roberto: Argentina, la problemática social de la migración limítrofe, 2000.

— Redes sociales de migrantes limítrofes: lazos fuertes y lazos débiles en la conformación de mercados de trabajo hortícola, 2005.

Martínez Pizarro, Jorge y Stang Alva, María Fernanda: Lógica y paradoja: libre comercio, migración limitada. Memorias del taller sobre migración internacional y procesos de integración y cooperación regional, 2004.

Novick, Susana: Las migraciones en América Latina. Políticas, Culturas y Estrategias, 2008.

Foucault, Michel: Genealogía del racismo, 1993.

Programa Patria Grande: Informe Estadístico, 2010.

Ley N°25.871 – Ley de Política Migratoria. Decreto 616/2010.

Proyectos de ley sobre "Sufragio de personas extranjeras residentes", presentados tanto en la CABA como en el Congreso de la Nación. Expte. CABA 2344-D-2012.

Ley Nº26.165 – Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado.

**Afrodescendientes:**

Instituto de Pensamiento Latinoamericano. Artículo "El escamoteo de la entidad y de la identidad afro-negra", publicado en el libro *De los Estudios Culturales a los Sujetos Históricos*. Buenos Aires, EDUNTREF, 2006.

Afroamérica XXI. Compendio Normativo: "Acciones afirmativas a favor del pueblo afrodescendiente de América latina y legislación antidiscriminatoria", 2009. http://www.iidh.ed.cr.

Rodney, Walter: *De cómo Europa subdesarrolló a África*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1982.

Reid Andrews, George: *Los afroargentinos de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ediciones de la Flor, 1990.

Maffia, Marta: *Desde Cabo Verde a la Argentina. Migración, parentesco y familia*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2011.

Frigerio, Alejandro: "La imagen del negro en la Argentina de principios de siglo", ponencia presentada en el Primer Encuentro de Culturas Afro-Americanas, Buenos Aires, agosto de 1991.

Rodríguez Molas, Ricardo: "Los afroargentinos y el origen del tango. Sociedad, danzas, salones de baile y folclore urbano", en *Desmemoria*, 2001.

Revista *Veintitrés*, "La Madre de la Patria", 16 de octubre de 2008.

Proyecto de ley CABA sobre la "Promoción Cultura africano-argentina", Expte. 2385-D-2012.

Ley Nº4355 que instituye el "Día de la Mujer Afro - 25 de Julio" en la CABA.

Proyecto de ley CABA sobre "Monumento a María Remedios del Valle en la Plaza de Mayo y Biografía". Expte. 513-D-2014.

**Comunidades indígenas:**

Ley Nº23.302 - Ley sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes.

Ley Nº25.799 - Modificación a la Ley Nº23.302.

Ley Nº25.607 – Ley de Difusión de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Ley Nº25.517 – Ley de disposición de los restos mortales que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas.

Ley Nº23.162 – Ley de Autorización de Inscripción de Nombres Aborígenes.

Ley Nº26.160 – Ley de Emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras.

**Niños, niñas y adolescentes:**

Philippe Aries, "La Infancia (1914-1984)".

Mary Beloff, "Un modelo para armar y otro para desarmar: protección integral de derechos vs. derechos en situación irregular".

Ley Nº26.061 – Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
Convención sobre los Derechos del Niño.
Ley Nacional Nº10.903 Ley del Patronato de Menores, Sancionada en octubre 1919 y derogada.

**Género:**

Ley Nº24.012 – Ley de Cupo Femenino.
Ley Nº25.584 – Prohibición en establecimientos de educación pública de acciones que impidan el inicio o continuidad del ciclo escolar a alumnas embarazadas.
Ley Nº25.674 – Ley de Cupo Sindical Femenino.
Decreto Nacional Nº1.363/97 – Igualdad de trato entre Agentes de la Administración Pública Nacional.
Decreto Nacional 254/98 – Plan para la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres en el mundo laboral.
Decreto Nacional Nº1217/00 – Modificación de la reglamentación de la ley de la Prefectura Naval Argentina.
Decreto Nacional Nº1.246/00 – Reglamentario de la Ley de Cupo Femenino.
Decreto Nacional 1.613/01 – Policía Federal Argentina. Eliminación del escalafón femenino. Procedimiento para la fusión escalafonaria.
Decreto Nacional Nº514/03. Reglamentación de la Ley de Cupo Sindical Femenino.
Decreto 1282/2003, que reglamentó la Ley Nº25.673, que creó el Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, 2004.
Ley 26.061 - Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, 2005.
Ley 26.171 - Aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 2006.
Ley 26.130 - Contracepción quirúrgica, 2006.
Ley 26.150 - Programa Nacional de Educación Sexual Integral, 2006.
Creación de la Oficina de Violencia Domestica en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (OVD), 2006.
Ley 24.828 - Sistema Integrado de Jubilación de Amas de Casa, 2007.
Ley 26.364 - Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas, 2008.
Creación del Consejo de Políticas de Género y Observatorio sobre la Integración de la Mujer en las Fuerzas Armadas, 2008.

Creación de la Coordinación de Equidad de Género e Igualdad de Oportunidades en el Trabajo (CEGIOT), 2008.

Ley 26.485 - Ley de Protección Integral a las mujeres víctimas de violencia de género, 2009.

Decreto 1602/2009. Asignación Universal por Hijo.

Ley 26.522 - Servicios de Comunicación Audiovisual, 2009.

Decreto 1011/10, por el que se reglamentó la Ley 26.485, 2010.

Derogación del Estatuto del Personal Doméstico, 2010.

Decreto 936/11 - Promueve la erradicación de la difusión de mensajes e imágenes que estimulen o fomenten la explotación sexual, 2011.

Ley Nº26.743 - Ley de Identidad de Género, 2011.

Resolución 742/2011, del Ministerio de Seguridad, por el que se aprueba el Protocolo de Actuación de las Fuerzas Federales para el Rescate de Víctimas de Trata de Personas, 2011.

Ley 26.738 - Derogación de la figura penal del avenimiento, 2012.

El Consejo Nacional de las Mujeres y el INDEC firman un convenio para diseñar indicadores que den cuenta de la violencia contra las mujeres y para crear un "Registro Único de Casos de Violencia contra la Mujer", 2012.

El Consejo Nacional de las Mujeres brinda patrocinio jurídico y asistencia legal gratuita a víctimas de violencia de género, 2012.

Ley 26.862 - Ley de Fertilización Asistida. Reglamentada mediante Decreto 956/13.

Se lanza la nueva etapa del Programa de Ingreso Social con Trabajo, Argentina Trabaja: "Ellas Hacen".

Ley 26.791 - Incorpora la figura del femicidio y del femicidio vinculado al Código Penal, 2013.

Ley 26.842 - Modificación de la Ley de Trata, 2013.

Caso Comité DDHH ONU "LNP c/Estado Argentino".

Caso Comité DDHH ONU "LMR c/Estado Argentino".

Caso "Acevedo" (Aborto Legal).

CSJN, caso "F., A.L. s/ medida autosatisfactiva", 13 de marzo de 2012.

Ley CABA Nº4318/2012. Protocolo de Aborto no Punible. Atención integral. Procedimiento. Publicada en el B.O. CABA Nº4021 el 24-10-2012. Vetada: Decreto Nº504/2012 del 22/10/2012.

Resolución 1251/2012, firmada por el ex ministro de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, Jorge Lemus.

Causa "Rachid, María de la Cruz c/ GCBA S/ Amparo". Expte. Nº45722/0. Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nº2, Secretaría Nº4.

Fallos CSJN "Natividad Frías" y "Baldivieso".

Caso "Natividad Frías". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, en Pleno.

Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa Nº4733.
"Á., G. Y. s/ recurso de casación", Cámara Federal de Casación Penal. Registro Nº20278. 13 de julio de 2012.
CEDAW/C/ARG/CO/6, párr. 37 y 38, 2010.
Comité de DDHH, CCPR/CO/70/ARG, 2000.
Comité de DDHH, CCPR/C/ARG/CO/4, párr. 13, 2010.
Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/ARG/CO/3-4, párr. 58 y 59, 2010.
Comité DESC, E/C.12/ARG/CO/3.
Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Informe sobre el incumplimiento de la sentencia de la CSJN sobre aborto no punible en el país.
Pantelides, Mario S., "Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina". Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Investigadoras del CONICET en el Centro de Estudios de Población, Argentina.
Pecheny, M., Petracci, M.: *Argentina: derechos humanos y sexualidad*. Instituto de Investigaciones Gino Germani - Centro de Estudios de Estado y Sociedad, Buenos Aires, Argentina.
Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito. *El aborto como derecho de las mujeres. Otra Historia es Posible*. Buenos Aires, Herramienta, 2013.

**Diversidad Sexual:**

Matrimonio Igualitario:

FALGBT, *Matrimonio para todas y todos. Ley de la Igualdad. Aportes al debate*, 2010.
Fallo CHA.
Fallo ALITT.
ONU: "Nacidos Libres e Iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos". Oficina del Alto Comisionado.
Formatos de amparo por matrimonio igualitario de noviembre de 2009 Juzgado CAYT Nº15, autos "FREYRE ALEJANDRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)", Expte.: EXP 34.292/0.
Sentencia del 22 de febrero de 2010, autos "Bernath, Damián Ariel y otros c/ GCBA sobre amparo [art. 14 CCABA]", Expte. EXP 36.117/0, Juzgado CAYT Nº4.
Sentencia del 6 de mayo de 2010, autos "Dessio Verónica y Pérez Carolina Paola s/ Amparo", Tribunal Oral en lo Criminal Nº2 de La Plata.

Ley 26.618 - Ley de Matrimonio Igualitario, 2010.
Decreto 1054/10. Reglamentación de la Ley de Matrimonio Igualitario, 2010.

Identidad de género:

INADI: "El disciplinamiento social de la sexualidad", 2008.
Plan Nacional Contra la Discriminación en Argentina. Decreto Ley Nº1086/2005.
ATTTA/FALGBT: "Por el derecho a ser quien cada uno y cada una es. Por el derecho a todos los derechos", 2011.
Rapisardi, F. y Moradelli, A.: *Fiestas, Baños y Exilios. Los gays porteños en la última dictadura*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2000.
Centro de Estudios de la DAIA: *Exclusión e Inclusión - El problema de los discriminados*, 2008/2009.
ONUSIDA-GCBA: "Atención de la Salud de personas travestis y transexuales", Coordinación SIDA/Ministerio de Salud. 2007.
Madres de Plaza de Mayo: *La gesta del nombre propio. Informe sobre la situación de la comunidad travesti en la Argentina*, 2005.
Gil Domínguez, Andrés: "Derecho a la no discriminación y ley de identidad de género", Suplemento Especial de La Ley, mayo 2012.
Liberatori, Elena A.: "El Derecho a la identidad de las personas no heterosexuales", Suplemento Especial de La Ley, mayo 2012.
Formatos de amparo por identidad de género.
Fallo "Trinidad, Florencia s/ Amparo (Art. 14 CCABA)" Expte. Nº39662/0, del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Nº6 Sec. Nº12, Dr. Roberto Andrés Gallardo (Juez Subrogante).
Fallo "Acuña, Ricardo Alberto s/ Amparo (Art. 14 CCABA)" Expte. Nº39999/0, del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Nº3 Sec. Nº5, Dra. Elena Liberatori (Jueza Subrogante).
Fallo "S.D.A. Amparo (Art. 14 CCABA)" Expte. Nº39475/0, del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Nº13 Sec. Nº25, Dr. Guillermo Martín Scheibler.
Proyecto de ley de identidad de género y salud integral para personas trans, FALGBT - Exptes. 5259-D-2007 y 1736-D-2009.
La Ley Nº26743: "Identidad de Género" y su normativa complementaria.
Proyecto de ley de identidad de género y salud integral para personas trans, FALGBT, Exptes. 5259-D-2007 y 1736-D-2009.

**Personas usuarias de drogas prohibidas:**

Fallo CSJN "Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes".
Fallo CSJN "Montalvo Ernesto Alfredo, s/ inf. Ley 20.771".
Fallo CSJN "Arriola, Sebastián y otros s/ causa Nº9080".
Fallo CSJN "Capalbo, Alejandro C.".
Proyecto legislativo de Reforma integral de la Ley de Drogas 23.737. Expediente 7904-D-2013 Honorable Congreso de la Nación Argentina, Cámara de Diputados.
Ley de Regulación del cannabis en Uruguay y Decreto Reglamentario.
Recomendación General Nº3 del INADI "Contra la discriminación a consumidores/as de drogas prohibidas", 2008.
Neuman, Elías: *La legalización de las drogas*, Editorial Depalma, 1991.
Giacomello, Corina: *Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina*. Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC - International Drug Policy Consortium), 2013.
CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), "Mujeres en prisión. Los alcances del castigo", en conjunto con el Ministerio Público de la Defensa y la Procuración Penitenciaria de la Nación de Argentina, Siglo XXI, 2011.
OEA: "El Problema de las Drogas en las Américas". Informe de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 2013.
Hans, Mathieu; Niño, Catalina: "De la represión a la regulación: propuestas para la reforma las políticas contra las drogas", Friedrich Ebert Stiftung (FES), 2013.
Calabrese, Alberto: "Configuración del problema de las Drogas y Vigencia de las políticas sobre Reducción de Daños", 2013.
Fusero, Mariano: *Conceptos b*ásicos *para un cambio de paradigma posible*, Colegio Médico de Chile (COLMED), Chile, 2014.

**Personas con discapacidad:**

Rosato, A. y Angelino, M. A. (coords.): *Discapacidad e ideología de normalidad. Desnaturalizar el déficit*, Ed. Noveduc, 2009.
Acuña, Carlos H., Bulit Goñi, Luis G. (comps.): *Políticas sobre la Discapacidad en la Argentina. El desafío de hacer realidad los derechos*. Ed. Siglo Veintiuno.
Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI): "Principios para la implementación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)".
Ley 26.378 - Ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Fallo del Tribunal de Familia N°3 de Lomas de Zamora (Provincia de Buenos Aires): Medida autosatisfactiva – niña oxigenodependiente.
Fallo de la Suprema Corte Bonaerense sobre el cupo laboral del 4% de las personas con discapacidad (5/42006).
Fallo "Camacho Acosta" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (7/8/1997).
Fallo "T., R.A." de la Corte Suprema Justicia de la Nación sobre competencia en un caso de internación (27/12/2006).
Fallo "Campodónico" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (24/10/2000).

**Salud Mental:**

Ley Nacional Nº22.914 - Salud Pública. Internación, egresos, establecimientos de Salud Mental. Sancionada en septiembre de 1983 y derogada 2010.
Ley Nacional N°26.657 Derecho a la Protección de la Salud Mental. Sancionada en noviembre de 2010.
Kraut, Alfredo J., Diana, Nicolás: "Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria", LA LEY 08/06/2011.
Domínguez Lostaló, Juan Carlos; Di Nella, Yago: "Es necesario encerrar", Serie Psicojurídica 1, Ed. Koyatun, 2007.

**Diversidades religiosas y Estado Laico:**

Saba, Roberto: *Laicidad y símbolos religiosos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
Proyecto de Ley de "Libertad de Conciencia" de la Coalición Argentina por un Estado Laico (CAEL), Expte. 5666-D-2011.
Proyecto de Ley de "Libertad religiosa", Cámara de Diputados, expte. 1749-D-2010.
Proyecto de Ley sobre "Retiro de Símbolos Religiosos", de la Mesa Nacional por la Igualdad. Expte. 1840-D-2013.
Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Salta, "Castillo, Carina Viviana y otros vs. Gobierno de la Provincia de Salta y Ministerio de Educación de la Provincia de Salta – Acción de Amparo", Expte. Nº313.763/10.
Corte de Justicia de la provincia de Salta, "Castillo, Carina Viviana [y otros/as] […] vs. Provincia de Salta; Ministerio de Educación de la Provincia de Salta - Amparo - Recurso de Apelación" (Expte. NºCJS 33.659/10).
Fallo de la jueza Elena Liberatori en los autos "Rachid, María c/G.C.B.A s/ amparo", Expte. A20-2013/0.

Fallo sobre símbolos religiosos en el Palacio de Tribunales: Expte. Nº12.781/03 "Asociación de los Derechos Civiles (ADC) y Otros c/ E.N.- P.J.N- Nota 68/02 s/Amparo Ley 16.986".

Resolución 36/55 de ONU: Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones.

Coalición Argentina por un Estado Laico (CAEL): "Exposición sobre personas jurídicas públicas, carácter público de la Iglesia Católica".

**Personas Privadas de la Libertad y Liberadas:**

Neuman, Elías: *El estado penal y la prisión-muerte*, Editorial Universidad, 2001.

Fusero, Mariano: *La paradójica readaptación social del condenado y su exclusión del empleo público*, Abeledo-Perrot, 2010.

Proyecto de ley de la Legislatura de la CABA sobre "cupo laboral de personas liberadas". Expte. 2039-d-2013, diputada María Rachid.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663c - XXIV - de 31 de julio de 1957 y 2076 - LXII - de 13 de mayo de 1977.

CSJN: "Recurso de hecho deducido por el CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS) en la causa Verbitsky s/hábeas corpus", 3/5/2005. Fallos CSJN 856.XXXVIII.

Zaffaroni, E., Slokar, A., Alagia, A.: *Excursus. Modelos de Discursos Legitimantes del Poder Punitivo. Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000.

Scarfó, Francisco José: "El Derecho a la Educación en las cárceles como garantía de la educación en Derechos Humanos", en revista *DDHH*, IIDH, volumen 36.

Wacquant, Loïc: *Las cárceles de la miseria*, Editorial Manantial, 1999.

ADC (Asociación por los Derechos Civiles): Informe "Prevenir no es curar. La prisión preventiva en la Argentina. Prácticas y discursos", 2012.

Proyecto de Ley CABA sobre "Cupo para personas liberadas". Expte. 2039-D-2013.

Proyecto de Ley CABA sobre "Voto de personas privadas de su libertad". Expte. 867-D-2014.

Foucault, Michel: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores, 2002.

Neuman, E. - Irurzun, V.: *La sociedad carcelaria*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979.

Caimari, Lila: *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2004.

**Derecho a la familia:**

Ley 26.862 - Ley de Fertilización Asistida.

Decreto 956/13 - Reglamentación Ley de Fertilización Asistida.

Medida cautelar del 22 de marzo de 2012, autos "DERMGERD CARLOS GUSTAVO Y OTROS CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA) - Expte. Nº44004/0, Juzgado CAyT Nº5.

Medida cautelar del 16 de noviembre de 2013 "LILLO, ROLANDO RAÚL Y OTRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA) - Expte. Nº16-2013/0, Juzgado CAyT Nº3.

Acuerdo del 29 de junio de 2012, en autos "Labrys Asociación Civil contra GCBA s/ Amparo", Expte. 42055/0, Juzgado CAyT Nº5.

Resolución CABA Nº38/2012 - Publicado en BO Nº3864 el 02/03/2012.

Formato amparo por reconocimiento igualitario de hijos/hijas de parejas del mismo sexo.

Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa: *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2010.

Gil Domínguez, Andrés: "Comaternidad y copaternidad igualitaria", La Ley, 12/03/2012, 2012-B, p. 1251.

# Capítulo XX
# Derechos de incidencia colectiva. El derecho al ambiente. Derechos de usuarios y consumidores

*María José Lubertino Beltrán*

## I. Derechos de incidencia colectiva

### *I.1. Derechos individuales y colectivos*

La doctrina distingue los derechos según quien o quienes pueden reclamar por ellos:

a. Derechos subjetivos sobre un bien individualmente disponible por su titular: se trata del patrimonio como atributo de la persona, los bienes que lo integran, y los derechos reales o creditorios.
b. Derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos: se refiere a aquellos que son indivisibles y de uso común, sobre los cuales no hay derechos subjetivos en sentido estricto. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.
c. Derechos individuales homogéneos: en estos supuestos una causa común afecta una pluralidad de derechos y por lo tanto se permite un reclamo colectivo. Se diferencian de los primeros en cuanto a que se permiten procesos colectivos, como lo proponemos en materia de responsabilidad.

Se distinguen de los segundos porque son derechos subjetivos individuales y no indivisibles, como el ambiente. Es así que los mismos derechos humanos contemplados en diferentes tratados pueden ser gozados y/o lesionados como derechos subjetivos y en algunos casos también y simultáneamente como derechos individuales homogéneos –si es que hay un colectivo sometido a idéntica situación– como es el típico caso de los derechos de usuarios/as y consumidores –o también como derechos de incidencia colectiva en la medida en que lo que esté en juego sea un bien común o colectivo, como es el caso del ambiente.

El nuevo Código Civil y Comercial incluye expresamente esta clasificación en su artículo 14[1] y en el 240,[2] en un innovador reconocimiento de la preeminencia de los derechos colectivos por sobre los derechos individuales. Es la influencia del derecho constitucional y del derecho de los derechos humanos en el derecho privado que se manifiesta en este reconocimiento de la función social y ecológica del derecho de propiedad, sea privada o pública.

### *I.2. Bienes comunes o colectivos*[3]

Son aquellos que son de cualquier persona pero que no son propiedad exclusiva de ninguna en particular: "No pertenecen al Estado ni a los particulares en forma exclusiva no son susceptibles de ser divididos en partes".[4]

Aun sin adentrarnos en las concepciones de los pueblos originarios en materia de propiedad comunitaria, en el mundo occidental hay conceptos de larga data de lo que son los bienes comunitarios. De hecho una larga tradición sostiene que los bienes del Estado no le pertenecen en propiedad sino en carácter de representante del pueblo, que ejerce un dominio eminente soberano.[5] Paul Samuelson define

1. Artículo 14: "Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:
a) derechos individuales;
b) derechos de incidencia colectiva.
La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general".
2. Artículo 240: "Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial".
3. Ver mi tesis doctoral: María José Lubertino Beltrán, *El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa.* Doctorado Facultad de Derecho de la UBA. Buenos Aires, julio 2018 (inédita). Especialmente capítulo III, punto 8.
4. Ricardo L. Lorenzetti, *El paradigma ambiental*, 2008, p. 7 Citado por Ana Salerno, "Bienes colectivos, áreas naturales protegidas. El caso de la Reserva Yasuní-ITT de Ecuador", en Néstor Cafferatta (dir.) y Silvana Terzi (coord.), *Derecho Ambiental. Dimensión Social*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 539.
5. Ver los Fundamentos del Proyecto de ley 795-S-2017: "… en el caso del dominio público se trata de bienes que están afectados al uso público directa o indirectamente y en esto hay casi unanimidad en la doctrina nacional y extranjera". La "caracterización de imprescriptibilidad e inalienabilidad" son, como decía Marienhoff, "medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes dominiales a efectos de que ellos cumplan el 'fin' que produjo su afectación. Tal protección no solo va dirigida contra hechos o actos ilegítimos procedentes de los administrados o particulares, sino también contra actos inconsultos provenientes de los propios funcionarios públicos" (Miguel Marienhoff, *Tratado del Dominio Público*, Buenos Aires, TEA, 1960, p. 231). "La inalienabilidad

los bienes públicos como aquellos bienes que no es viable ni deseable racionar su uso y cuyo uso o consumo individual no impide el uso o consumo de otros.[6]

La paradoja de los comunes o *Tragedy of the commons* es un dilema descripto por el ecologista Garrett Hardin en 1968, según el cual varios individuos, motivados solo por el interés personal y actuando independiente pero racionalmente, terminan por destruir un recurso compartido limitado (el común) aunque a ninguno/a de ellos/as, ya sea como individuos o en conjunto, les convenga que tal destrucción suceda.[7]

Para superar la dicotomía que asigna los bienes privados al ámbito del mercado y los bienes colectivos al monopolio del Estado, Elinor Ostrom recurre a los bienes comunes mediante el examen de la naturaleza y las formas en las que se dan directamente en la realidad. Ella evidencia que existe una forma colectiva de uso y explotación sustentable de los bienes comunales. Muestra que las formas

---

e imprescriptibilidad significa que esos bienes están sustraídos al comercio jurídico privado, siendo a todas luces indisponibles […] hay consenso generalizado que en definitiva todos los bienes del Estado pertenecen al dominio público, aunque algunos autores, suman otra categoría más a las dos mencionadas y hablan de 'patrimonio indisponible' […] Es el despilfarro y la disipación del dominio público lo que debe impedirse o dificultarse, mediante formalidades útiles y controles serios, adaptados a las circunstancias particulares" (H. Barckhausen, "Etude sur la théorie générale du domaine public", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'etranger*, París, 1903, p. 44). "La tesis del dominio del pueblo era común entre los romanos, sosteniendo Gayo que las cosas públicas eran aquellas pertenecientes a la comunidad política y se referían al total de los bienes del Estado, sin que hubiera distinción alguna entre cosas públicas o privadas, como las que efectúa el Código Civil. Para Gayo, las cosas públicas eran aquellas que no pertenecían a los hombres en particular, sino al conjunto de ellos considerado como comunidad política: Solo las cosas pertenecientes a los hombres individualmente considerados constituían las cosas privadas" (cf. Raymond Saleilles, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, París, 1889, pp. 5-6). "Ranelletti sostuvo que: 'Por consecuencia el derecho del Estado sobre el dominio público es un derecho de soberanía, no un derecho de propiedad; *estas cosas a nadie pertenecen, porque son de todos* los integrantes que constituyen el Estado […] Ihering, negó categóricamente que al Estado le pertenezcan los bienes públicos, considerando que 'el pueblo es el sujeto de esa masa de bienes' y de tal manera planteó que los derechos de posesión son inherentes al pueblo y no al estado que es un simple administrador de esos bienes" (cf. Rudolf von Ihering, Posesión. "Théorie simplifiée et mise à la portée de tout le monde", en *Ouvres Choisies*, París, 1893, T II, p. 178). Bielsa también sostuvo la tesis de que el pueblo es el titular del dominio público y, en el prólogo que escribiera a un libro de Marienhoff, indicó: "A nuestro juicio el fundamento de ese derecho colectivo originario es el propio régimen del dominio público, anterior al Estado mismo", citado en la Denuncia Penal presentada por Fernando Solanas por la desafectación de las tierras públicas de la llamada "Isla Demarchi".

6. Paul Samuelson, "The Pure Theory of Public Expenditure", en *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, No. 4. Noviembre de 1954, pp. 387-389. Disponible en http://links.jstor.org/sici?sici=00346535%28195411%2936%3A4%3C387%3ATPTOPE%3E2.0.CO%3B2-A. Consultado el 17 de octubre de 2017.

7. James Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons", en *Science*, Vol. 162, No. 3859 (December 13, 1968), pp. 1243-1248. Disponible en castellano en: http://www.eumed.net/cursecon/textos/hardin-tragedia.htm (consultado el 28 de febrero de 2018).

de explotación comunal pueden proporcionar mecanismos de autogobierno que garantizan equidad en el acceso, un control radicalmente democrático, a la vez que proporcionan protección y vitalidad al recurso compartido. "La tesis fundamental de su obra se puede sintetizar en que no existe nadie mejor para gestionar sosteniblemente un 'recurso de uso común' que los propios implicados. Pero para ello existen condiciones de posibilidad: disponer de los medios e incentivos para hacerlo, la existencia de mecanismos de comunicación necesarios para su implicación, y un criterio de justicia basado en el reparto equitativo de los costos y beneficios".[8] Por lo tanto, ante la posibilidad de la sobreexplotación la opción de Ostrom es "incrementar las capacidades de los participantes para cambiar las reglas coercitivas del juego a fin de alcanzar resultados distintos a las despiadadas tragedias".[9]

> Es importante enfatizar que muchas de estas variables son fuertemente afectadas por el tipo de régimen político más grande en que los usuarios están inmersos. Los regímenes políticos más grandes pueden facilitar la autoorganización local mediante la provisión de información precisa acerca de los sistemas de recursos naturales, proporcionando foros en los cuales los participantes pueden comprometerse en procesos de descubrimiento y resolución de conflictos, así como mecanismos para apoyar esfuerzos locales de monitoreo y aplicación de sanciones. Los beneficios percibidos de la organización son mayores cuando los usuarios tienen información precisa acerca de las amenazas que enfrenta un recurso […] Si las autoridades locales no son reconocidas formalmente por los regímenes más grandes, es difícil para los usuarios establecer un conjunto de reglas aplicable.[10]

Según Lorenzetti y Cafferatta, los bienes comunes se caracterizan por la indivisibilidad de sus beneficios, el uso común sustentable, la no exclusión de beneficiarios/as, la ubicación en la esfera social o supraindividual, entre otras.[11]

En estos casos, cuando hay una afectación o lesión a bienes comunes se habla de daño colectivo o afectación al interés colectivo:

8. Álvaro Ramis Olivos, "El concepto de bienes comunes en la obra de Elinor Ostrom", en *Ecología Política*, p. 116. Disponible en http://www.ecologiapolitica.info/novaweb2/wp-content/uploads/2015/12/045_Ramis_2013.pdf. Consultado el 9 de octubre de 2017.
9. *Idem*, p. 119.
10. Elinor Ostrom, "Reformulando los bienes comunes", p. 51. Disponible en https://nocionescomunes.files.wordpress.com/2013/02/ostrom-reformulando-los-bienes-comunes.pdf. Consultado el 9 de octubre de 2017.
11. Ana Salerno, "Bienes colectivos, áreas naturales protegidas. El caso de la Reserva Yasuní-ITT de Ecuador", en Néstor Cafferatta (dir.) y Silvana Terzi (coord.), *Derecho Ambiental. Dimensión Social*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015.

> Hay casos en los cuales ciertas actividades producen lesiones o amenazas para los intereses de una colectividad, aunque los intereses individuales de los miembros de ese grupo no estén directamente afectados […] hay casos en que el interés es a la vez propio y ajeno –propio pues el individuo es miembro de la colectividad amenazada o lesionada, pero en cierto modo también es ajeno, pues la esfera privada de ese individuo en muchos casos, no se ve alterada– y se afirma también que estos intereses no son de ningún individuo sino de todos a título social […][12]

### *I.3. Procesos colectivos. Acciones colectivas. Amparo colectivo*

La Constitución Nacional de 1994 habilitó la tutela procesal colectiva de los derechos de incidencia colectiva. Esta posibilidad se ha vuelto una importante herramienta para poner límites a políticas públicas y empresariales abusivas.

Por medio de los procesos colectivos, ciertos actores sociales (organizaciones no gubernamentales, algunas instituciones públicas de defensa de derechos y particulares en representación de un colectivo) pueden representar en sede judicial a grupos de individuos que comparten similar situación de hecho o de derecho y que, por tal motivo, cuentan con pretensiones homogéneas, o en defensa de un bien colectivo, ante quien ha cometido determinado hecho u omisión que les causa un daño.

Las características definitorias de este tipo de procesos son dos. La primera es que quien promueve la acción judicial (estos actores sociales) no es elegido/a por el grupo ni por sus integrantes, sino que se autodesigna como tal. La segunda es que, al menos como regla, los resultados de su accionar beneficiarán con entidad de cosa juzgada (esto es, con carácter inmutable) a todo el grupo que eligió representar –y no lo perjudicarán.

No hay en estos procesos contrato de mandato ni poder alguno que habilite al/la o los/as representante/s a actuar en tal carácter, como tradicionalmente ocurre cuando alguien necesita iniciar una acción judicial. Es más, el/la representante colectivo/a puede actuar en desconocimiento de las personas que dice representar y aun contra su voluntad en ciertos casos.

En nuestro país, las organizaciones no gubernamentales y movimientos sociales, ecologistas y vecinales han sido los principales impulsores de la defensa de

12. Lorenzo Bujosa Vadell, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona, JM Bosch Editor, 1995, p. 127. Ver también: "Caracterización de los derechos de incidencia colectiva", en Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jursiprudencial y Comparado*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pp.165-197.

derechos de incidencia colectiva por medio de procesos colectivos. Los ámbitos de los derechos de usuarios/as y consumidores, el ambiental, el de los derechos humanos –especialmente de la no discriminación– y los derechos económicos, sociales y culturales.

Si bien resulta posible encontrar antecedentes sobre este tipo de procesos en la Inglaterra de hace varios siglos, su origen suele identificarse –al menos con el perfil con que ahora los conocemos– en el derecho federal estadounidense, donde se han desarrollado bajo el conocido nombre de *class actions* (acciones de clase).

**Amparo colectivo[13]**

Es una de las novedades de mayor trascendencia en la reforma constitucional que viene a consagrar expresamente una acción para la protección de los derechos de incidencia colectiva,[14] que ya venían abriéndose paso jurisprudencialmente.[15] Los procesos colectivos tienen como objeto el cumplimiento, la validez y la vigencia efectiva de derechos colectivos, entre otros, aquellos incorporados expresamente en la Constitución Nacional en la reforma de 1994, a través de la cláusula ambiental del artículo 41, la cláusula referida a la protección de los/as

13. Ver mi tesis doctoral: María José Lubertino Beltrán, *El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa.* Doctorado Facultad de Derecho de la UBA. Buenos Aires, julio 2018. (inédita). Especialmente capítulo IV punto 2.1.2. Amparo colectivo.

14. En la clasificación tripartita de Lorenzetti, hoy muy aceptada y extendida, se conciben tres clases de derechos: individuales; derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (o derechos colectivos, trasindividuales o supraindividuales); y derechos de incidencia colectiva que recaen sobre derechos individuales homogéneos (o derechos individuales homogéneos o pluriindividuales homogéneos). Ricardo L. Lorenzetti, *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, pp. 287 y 385. En este sentido el derecho al ambiente, al patrimonio, al paisaje, pueden ser derechos individuales de algunos/as pero son siempre derechos de incidencia colectiva por recaer sobre tienes colectivos o comunes. Ver: Bienes Comunes en el Capítulo III, punto 8. Para Derechos de incidencia colectiva ver: Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jursiprudencial y Comparado*, *op. cit.*, pp. 165-198.

15. Así, por ejemplo la sentencia del JFedCAdm Nº2, *in re* Kattan, Alberto c/ PEN del 10 de mayo de 1983 donde se cuestiona el accionar del Estado contra el ambiente, disponible en http://center-hre.org/wp-content/uploads/2011/07/1983-05-10-kattan-.pdf (consultado el 16 de marzo de 2018); CNCiv, sala K, Cartañá, Antonio c/MCBA del 28 de abril de 1991, donde se cuestiona el accionar del Estado en relación a la violación o falta de protección de valores históricos, culturales, científicos, arquitectónicos y paisajísticos de la Ciudad –con fallo de CSJN del 7 de julio de 1993 que finalmente rechaza por razones de admisibildad de la vía, en LL, 1994-A-34– y CSJN, *in re* Ekmedjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros del 7 de julio de 1992, disponible en: http://perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/fallo_ekmekdjian_miguel_a._c._sofovich_gerardo_y_ot._corte_suprema_de_justicia_de_la_nacion._1992.pdf. (consultado el 16 de marzo de 2018).

consumidores/as y usuarios/as del artículo 42 y la no discriminación (expresamente mencionada en el artículo 43).[16]

Surge claramente del debate de la reforma constitucional y es de destacar que el reconocimiento de los derechos ambientales, de consumidores/as y usuarios/as y de la no discriminación se realizó en forma simultánea con las herramientas procesales definidas en el artículo 43 (amparo individual, amparo de incidencia colectiva, hábeas corpus y hábeas data).

Estos tres artículos comprendidos en el capítulo "Nuevos Derechos y Garantías" buscaron y enriquecieron desde una mirada novedosa lo que se venía haciendo jurisprudencialmente en materia de derechos individuales y derechos sociales.

En el segundo párrafo del artículo 43 la Constitución Nacional establece:

> Podrá interponer esta acción (amparo) contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y las formas de su organización.

Expresamente el artículo 43 prevé que están legitimados/as además del afectado/a, el/la Defensor/a del Pueblo y las asociaciones que propendan a fines de defensa de intereses colectivos. Implica un giro copernicano en la concepción del amparo donde se sale de la lógica tradicional de mostrar la afectación a un derecho subjetivo para centrarse en qué carácter un sujeto está legitimado para representar a un grupo o colectivo. Obliga a un replanteo de la lógica tradicional del derecho administrativo.[17]

Los derechos ambientales han sido admitidos en acciones de naturaleza colectiva por la CSJN en reiteradas oportunidades y de manera innovadora.[18]

16. Para acciones y procesos colectivos, ver Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jursiprudencial y Comparado*, *op. cit.*, pp. 44-78; Gustavo Maurino, "Los procesos colectivos", en Roberto Gargarella y Sebastián Guidi (coords.), *Comentarios a la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: Una mirada Igualitaria*. Tomo II, Buenos Aires, La Ley - Thomson Reuters, 2016, pp. 871-893.

17. Roland Arazi y Jorge A. Rojas, *op. cit*. Tomo III, pp. 43-62. //VER NO CORRESPONDE OP CIT//

18. Ver entre otras causas Mendoza, Beatriz Silvia y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo) Fallos Corte: 20/6/2006 (Fallos: 326:2316), 24/08/2006 (Fallos: 329: 3445), 30/08/2006 (Fallos: 329:3528), 06/02/2007 (Fallos: 330:22), 20/03/2007 (Fallos: 330:1158), 12/06/2007 (Fallos: 330:2746), 22/08/2007 (Fallos: 330:3663), 08/07/2008 (Fallos: 331:1622), 23/07/2008 (Fallos: 331:1676),

Al no estar regulados legalmente los procesos colectivos, hay mucho margen para la discrecionalidad judicial en la interpretación de esta figura. Si bien, después de una primera etapa de mayor confusión en la recepción de jurisprudencia de los intereses difusos o de incidencia colectiva y en cómo actuar en procesos colectivos e incluso de fluctuaciones por parte de la propia CSJN,[19] hay tendencias que se han ido afianzando.[20] Sería recomendable y necesaria su regulación. Hay en América Latina varios modelos diferentes de regulación en la materia[21] y un proyecto iberoamericano de Código modelo para procesos colectivos que goza de bastante consenso en la doctrina y que obviamente puede ser considerado como pauta interpretativa.[22]

En el caso Halabi,[23] la Corte, en una causa por escuchas telefónicas, y a falta de regulación legal, crea pretorianamente la "acción colectiva" instituyéndola como acción de clase, al permitir que una sentencia tenga efectos para todos/as los/as ciudadanos/as que padecen el mismo problema, sin tener que iniciar un juicio.

---

28/07/2009 (Fallos: 332:1600), 10/11/2009 (Fallos: 332: 2522) y pronunciamientos del 27 de diciembre de 2016 (Disponible en : http://www.cij.gov.ar/nota-24507-La-Corte-Suprema-orden--a-la-ACUMAR-que-intensifique-el-cumplimiento-de-la-sentencia-que-dispuso-el-saneamiento-del-Riachuelo.html -consultado el 29 de marzo de 2018), 9 de noviembre de 2017 (Disponible en: https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/03/22/la-corte-ordeno-a-la-acumar-presentar-un-nuevo-informe-sobre-el-plan-de-saneamiento-del-riachuelo-por-considerarlo-insuficiente-e-inentendible-bajo-apercibimiento-de-multa-2/ - consultado el 29 de marzo de 2018) y audiencia del 14 de marzo de 2018, entre otras; Villivar, Silvana Noemí v. Provincia del Chubut y otros s/amparo (Conflicto "Oro Esquel" - 17/4/07 - Fallos 330:1791). Disponible en http://old.csjn.gov.ar/data/sda.pdf p. 83 y ss. (consultado el 29 de marzo de 2018); Werneke, Adolfo Guillermo y otros c/ Ministerio de Asuntos Agrarios Prov. de Buenos Aires s/ amparo - med. cautelar (pesca artesanal), del 14/10/2008, disponible en: ftp://ftp.justiciachaco.gov.ar/biblioteca/DA%D1O%20AMBIENTAL/FALLO%20WERNEKE.pdf (consultado el 9 de abril de 2018); Salas, Dino y otros c. Salta provincia de y Estado Nacional s/amparo (originario) de 19/2/2008 (Fallos: 331:2797), 29/12/2008 (Fallos: 331:2925), 26/03/2009 (Fallos: 332:663) y 13/12/2011, entre otras. Disponibles en: http://old.csjn.gov.ar/data/sda.pdf pp. 203 a 224. (consultados por última vez el 29 de marzo de 2018).
Volveremos sobre el tema más extensamente en el Capítulo VII al analizar El Rol y la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

19. ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A. *Código Procesal y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado con los Códigos provinciales*. 3era edición ampliada y actualizada. Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2014. Tomo III (amparo y amparo colectivo, pp. 22-62), p. 49 y nota 83.

20. Ver el exhaustivo análisis estadístico y casos entre 1987 a 2004, en Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *op. cit*., pp. 85-164.

21. Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *op. cit*., pp. 12-41 y 337-357.

22. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.* Aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004. Disponible en http://archivo2016.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2016/08/Codigo-Modelo-de-Procesos-Colectivos-Para-Iberoamerica.4711354.doc (consultado el 16 de marzo de 2018). Ver también Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, "Propuestas para una reglamentación de las acciones colectivas", en *op. cit*., pp. 329-335.

23. CSJN, Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo, del 24 de febrero de 2009

La Corte ha creado un Registro de procesos colectivos (Acordada 32/2014, del 1 de octubre de 2014);[24] sin embargo ha excluido expresamente del mismo las causas ambientales –sin dar explicación de ello, tal vez por tratarse de cuestiones que originariamente son de competencia local– y luego aprobó un "Reglamento de actuación en procesos colectivos" (Acordada 12/2016 del 5 de abril de 2016)[25] que "fija reglas que ordenan el trámite de este tipo de procesos en los tribunales nacionales y federales de todo el país, a fin de asegurar la eficiencia práctica del Registro Público de Procesos Colectivos" dado el "dispar cumplimiento de la obligación de informar este tipo de procesos".

Hay decisiones judiciales históricas en procesos colectivos que han dado protección a los derechos a la vida, salud, igualdad, educación, al medio ambiente, y los derechos de usuarios y consumidores, como el derecho a acceder a tratamiento y medicamentos para personas con VIH (caso Benghalensis), la contaminación del Riachuelo (causa Mendoza), el derecho a condiciones dignas en las cárceles en la provincia de Buenos Aires (causa Verbitsky), la privacidad en el uso de internet y servicios telefónicos (caso Halabi), el derecho a no sufrir discriminación de quienes son usuarios/as de la línea de ferrocarril Sarmiento (Unión de Usuarios y Consumidores c/TBA), el derecho de las mujeres a no sufrir discriminación por las empresas (Fundación Mujeres en Igualdad c/Freddo), el derecho a educación laica en Salta (caso Castillo) y la nulidad de aumento de tarifas de gas establecido sin audiencia pública (causa CEPIS).

**Proyecto para reglamentar acciones colectivas**

Actualmente el PEN impulsa un proyecto de ley para reglamentar los procesos colectivos que es resistido y rechazado por varias decenas de organizaciones de la sociedad civil.

> El anteproyecto –dicen las ONGs en su comunicado–[26] que no fue acompañado de una exposición de motivos ni precedido de un diagnóstico adecuado, no solo no resuelve ni reduce los graves problemas en el acceso a la justicia que afectan a las personas, y en particular a los grupos más desfavorecidos, sino que además los profundiza, limitando seriamente el uso y efectividad de las acciones colectivas. El anteproyecto contiene

24. B.O., 3 de noviembre de 2014. Disponible en http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=D025AB9ABE77DC3B37DA1DCA98F26824?id=237649 (consultado el 16 de marzo de 2018).
25. B.O., 8 de abril de 2016. Disponible en http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=260206 (consultado el 16 de marzo de 2018).
26. Ver página web de ACIJ. Firmado entre otras ADC, ACIJ, FARN.

> disposiciones inconstitucionales que son un enorme retroceso tanto en relación con legislación actualmente vigente como con la jurisprudencia. En la práctica significa un recorte de todos los derechos consagrados constitucionalmente, cuya garantía va a encontrar nuevos obstáculos a su protección en los tribunales, y priva a los grupos en situación de vulnerabilidad de una herramienta fundamental.

Las acciones colectivas han sido claves para el reconocimiento y protección de derechos fundamentales en nuestro país, garantizando el acceso a la justicia de dichos grupos. La voluntad de los Poderes Ejecutivos de limitar los amparos, especialmente en acciones contra el Estado, no es nueva. La mayoría de los amparos colectivos son contra los Estados. Ya en 2013 se sancionó la Ley 26.854, que limita especialmente las medidas cautelares en las causas contra el Estado Nacional –aunque exceptuando los temas ambientales y donde hubiera riesgos para la salud o la vida.[27]

Con una regulación como la que se propone ahora no hubieran sido posibles algunas decisiones judiciales históricas como las antes mencionadas. Entre algunas de las falencias más preocupantes de este anteproyecto, que viola la Constitución al regular materia procesal local –de exclusiva competencia provincial–, limita quiénes podrán impulsar acciones colectivas, impone a las/os afectadas/os, organizaciones y sus abogadas/os una serie de exigencias que violan la amplia legitimación reconocida en la Constitución, dilata los procesos, crea largos, engorrosos y repetitivos trámites para la registración y consolidación de la clase, sin los cuales no se podrá comenzar la discusión de los derechos en juego y dan absoluta discrecionalidad a jueces/zas para rechazarlas en base a criterios extremadamente vagos e imprecisos. Además, desnaturaliza inconstitucionalmente el instituto de las medidas cautelares, que tienen por objeto evitar el perjuicio inminente o irreparable que pudiera sufrir quien las solicita durante el tiempo que lleva el reconocimiento judicial de su derecho, facultando a la Justicia a extender a las empresas el ya dudoso privilegio que hoy solo tiene el Estado de opinar antes de su dictado, estableciendo requisitos adicionales para su otorgamiento y el carácter inapelable de su rechazo.

Impone la obligación de litigar en la Ciudad de Buenos Aires en todos los casos en que el Estado Nacional resulte demandado, y en el lugar del domicilio

27. “La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, solo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental” (artículo 2, inc. 2, Medidas cautelares dictadas por juez incompetente).

del demandado también en el caso de las empresas, aunque la afectación se produzca en otros lugares. Pone a cargo de los demandantes los gastos de publicidad, notificación y difusión de los procesos colectivos, así como las costas, en lugar de establecer su gratuidad, como lo establece la ley de defensa de consumidores. Modifica normas vigentes reemplazándolas por normas más restrictivas, derogando normas de la Ley de defensa de usuarios/as y consumidores/as y la Ley general de ambiente.

En la redacción de este anteproyecto no participaron organizaciones de la sociedad civil, de defensa de derechos humanos, ambientales, de consumidores/as ni organismos públicos de defensa de derechos.

Es necesario que se inicie un proceso de discusión participativa tendiente a generar acuerdos sobre la mejor forma de regular las acciones colectivas, un proyecto que tienda a ampliar su uso y eficacia, y no a restringirlas. Se debe tomar como base para ese debate la jurisprudencia y acordadas de la CSJN. En este sentido debe aplicarse el principio de progresividad y no regresión. Se debe garantizar la gratuidad de los procesos colectivos en todos los casos y la exención de costas. Una ley que regule adecuadamente los procesos colectivos debe asegurar que la notificación y la difusión se realicen por los canales que usa habitualmente el demandado, o en su defecto, por medios públicos y a costa del Estado.

## II. El Derecho al ambiente como derecho humano, subjetivo y de incidencia colectiva[28]

### *II.1. Qué es el ambiente*

Sin dudas la cuestión ambiental es uno de los temas más graves y problemáticos que la humanidad enfrenta en todo el planeta, junto con las guerras, la inequitativa distribución de la riqueza, las migraciones forzadas, la trata de personas, el tráfico de drogas y de armas. Existe también conexión entre varios de estos temas y un *modelo inhumano de generación de riqueza y apropiación de esta en pocas manos.*

Existen diferentes definiciones en la doctrina, con matices diferentes (amplias, restrictivas e intermedias)[29] y también se percibe una tendencia de evolución de

28. Ver mi tesis doctoral: María José Lubertino Beltrán, *El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa.* Doctorado Facultad de Derecho de la UBA. Buenos Aires, julio 2018 (inédita). Especialmente capítulo III, punto 1.
29. José L. Capella y Hernán G. Carrillo, "Naturaleza Jurídica del Derecho al ambiente", en Néstor Cafferatta (dir.), *Summa Ambiental. Doctrina - Legislación - Jurisprudencia.* 1ª ed.,

ellas en el tiempo. Las amplias refieren al "ambiente natural" (biofísico) y al "artificial", tanto "material" (obras humanas) como "inmaterial" (sistemas humanos). Las restrictivas destacan las características dinámicas y estructurales del ambiente, refiriéndose en general al conjunto de los elementos naturales que lo integran.[30] Las terceras son descriptivas y suman a los elementos condiciones y circunstancias naturales que influyen en los procesos de transferencia de energía y en los ciclos alimentarios de los seres vivos.

Antes la mayoría de las definiciones ponían énfasis en la enumeración de "recursos",[31] hoy en la integralidad, complejidad y armonía del sistema. Hay consenso en la comprensión de lo biofísico y lo sociocultural.[32]

El primer maestro argentino del derecho ambiental, Guillermo J. Cano, aclarando el porqué de las concepciones restringidas sostiene que el conflicto deriva de la confusión entre

> el derecho ambiental y el derecho de los recursos naturales, a pesar de que ambos no tienen los mismos objetos y contenidos, aunque en determinados campos se entrecrucen. El derecho de los recursos naturales se ocupa de la utilización humana de los mismos en miras a un desarrollo cualitativo y cuantitativo. También se extiende pero en forma limitada a su conservación. Solo en este último campo se entrecruza con la disciplina ambiental.[33]

Según el maestro Bidart Campos:

---

Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011. Tomo I, pp. 19-33. Ver también Anibal J. Falbo, "El ambiente es indisponible", en *Idem*, pp. 34-43; Marta Susana Juliá, "Algunas estrategias en la construcción de un nuevo esquema jurídico ambiental", en *Idem*, pp. 93-111; Luis O. Andorno, "Ambiente: res communis y propiedad en el ámbito de la Unión Europea, el Mercosur y el ALCA, en *Idem*, pp. 101-112; Antonio Herman Benjamin, "A implementação do direito ambiental no Brasil", en *Idem*, pp. 113-143.

30. Entre otros, Guillermo J. Cano, Eduardo Pigretti y Pedro Tarak adoptan este criterio.

31. Así por ejemplo en la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente de Estocolmo de1972, que enunciaba los elementos primordiales del ambiente como "recursos naturales" (aire, agua, tierra firme, flora y fauna) además de los "ecosistemas naturales".

32. La Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de Río 1992, da por sobreentendido el concepto y sus declaraciones proclaman principios, reglas, derechos y deberes para su protección. En la Asamblea General de la ONU donde se aprueba la Carta Mundial de la Naturaleza, el 28 de octubre de 1982, tampoco hay una definición del ambiente, sino la enunciación de principios que deben respetarse para defender la vida en general y la humana en particular.

33. Coloquio de l'Académie de Droit International de La Haye, Dordrecht/Boston Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 402, citado por José Alberto Esain en " El concepto de medio ambiente", en ÂmbitoJurídico.com.br. Disponible en http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11355 (consultado el 27 de marzo de 2018).

> El ambiente no se circunscribe al entorno físico y a sus elementos naturales: agua, atmósfera, biosfera, tierra, subsuelo; hay que añadir todos los demás elementos que el hombre crea y que posibilitan la vida, la subsistencia y el desarrollo de los seres vivos. Tales organismos vivos componen un sistema, una unidad, con interacciones en un espacio determinado entre los mismos seres vivos y sobre el ambiente del que forman parte. Es el ecosistema. Por supuesto, hay que computar los denominados recursos naturales, que son bienes que se hallan en la naturaleza y que son susceptibles de transformación y uso por parte de los hombres. Pero como el hombre es un ser social, el ambiente también se integra con otros ingredientes que, latamente, cabe calificar como culturales; es así como debemos agregar el patrimonio artístico o histórico que, no en vano, recibe el apodo de patrimonio cultural. Por fin, el patrimonio natural –dentro del cual […] hay que incorporar el paisaje– viene a sumarse a todos los contenidos antes ejemplificados.[34]

Así se llega a incluir los monumentos históricos, el patrimonio arqueológico y arquitectónico. Según Carlos E. Arcocha y Horacio Allende Rubino: "El ambiente es un bien colectivo, entre otras razones, porque no es susceptible de división ni de atribución de copropiedad para cada sujeto, pero reconocida jurídicamente su vulneración, aun en el supuesto de un reclamo singular, el amparo se extiende y beneficia por igual a todos y cada uno de los miembros del grupo social".[35] Mariano H. Novelli sostiene:

> El bien colectivo ambiente posee una complejidad que le es propia, ya que presupone un estado de interdependencia entre todos los fenómenos físicos, químicos, biológicos, psicológicos, sociales y culturales. Esto lo convierte en un sistema cuyos elementos se afectan recíprocamente, asignándole al conjunto propiedades diferentes de las de cada unidad, y haciendo que su todo sea más que la suma de sus partes. Es decir que el ambiente está conformado no solo por las partes sino también por sus interrelaciones, lo que le adjudica carácter holístico.[36]

34. Germán J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino.* Tomo VI, La Reforma Constitucional de 1994. Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 297-298.
35. Carlos E. Arcocha y Horacio L. Allende Rubino, *Tratado de Derecho Ambiental*, con la colaboración de Mariano H. Novelli, Rosario, Nova Tesis, 2007, p. 137. Citados por Mariano H. Novelli en "La Justicia en el Derecho Ambiental", en *Revista de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Nº32, p. 82, nota 4. Disponible en http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1332/1472 (consultada el 16 de marzo de 2017).
36. Mariano H. Novelli, "La Justicia en el Derecho Ambiental", en *Revista de Investigaciones de Filosof*ía Jur*ídica y Filosofía Social*. Nº32, p. 82. Disponible en http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1332/1472 (consultada el 16 de marzo de 2017).

El ambiente, para Ricardo Lorenzetti, es "aquel sistema global constituido por elementos naturales, artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natura, que rige y condiciona la existencia y el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones".[37] Según Daniel A. Sabsay:

> El ambiente es un conjunto de elementos naturales, artificiales o creados por el hombre, físicos, químicos y biológicos que posibilitan la existencia, transformación y desarrollo de organismos vivos. Un ecosistema es una unidad básica de interacción de organismos vivos entre sí y sobre el ambiente en un determinado espacio. Los recursos naturales son bienes que se encuentran en la naturaleza, que le sirven al hombre y que todavía no han sido objeto de transformación de parte de él. Ellos constituyen elementos esenciales del ambiente y por ende de todo ecosistema. Su regulación jurídica fue realizada en primer término por el derecho de los recursos naturales, el que los ordenó de manera individual en función de los usos de los que podían ser objeto. La aparición posterior del derecho ambiental surgió de la necesidad de conservación del ambiente a fin de evitar su destrucción y como resultado de ella el riesgo de desaparición de una calidad de vida apropiada. Por conservación entendemos a todas aquellas medidas que resulten necesarias para preservar el ambiente y los recursos naturales.[38]

El ambiente es un bien jurídico, según Eduardo Jiménez, cuya

> naturaleza [es] esencialmente compleja y de armonización muy costosa, ya que de uso, se halla potencialmente en conflicto con cualquier otro bien constitucional, ya sea que provenga del constitucionalismo clásico o del constitucionalismo social. No hay duda, por ello, de que su carácter sistemático e integrador obliga a un replanteo completo del molde estatal en que se ubica, impregnando de componentes ambientales a las nuevas políticas sociales y económicos, con el claro objetivo de diseñar un estado social en el que se preserve y promocione el pluralismo, aunque ambientalmente orientado.[39]

37. Ricardo L. Lorenzetti, "La Protección Jurídica del Ambiente", en L.L. 1997-E, p. 1463.
38. Daniel A. Sabsay, "Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable", capítulo actualizado en junio de 2003 del libro Walsh, J. R.; Di Paola, M. E.; González Acosta, G.; López, H.; Rovere, M. B.; Ryan, D. E.; Sabsay, D. A., *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad.* La Ley, septiembre 2000, pp. 67-82. Disponible en http://farn.org.ar/wp-content/uploads/2014/06/art12.pdf (consultado el 27 de marzo de 2018).
39. Eduardo P. Jiménez, "El derecho a vivir en un medio ambiente sano en el marco del desarrollo sustentable, estudio introductorio", en José Alberto Esain, *Competencias ambientales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pp. 27-28.

"El ambiente es un un bien colectivo el que, por su naturaleza jurídica es de uso común, indivisible y est*á* tutelado de manera no disponible por las partes" –dice la CSJN, en el fallo de la causa Mendoza, cons. 6°.

La irrupción del concepto de "ambiente" como bien jurídico y del derecho al ambiente en el mundo político y jurídico es bastante tardía[40] y no fueron pocas las resistencias. Hasta ese momento la regulación en materia de recursos naturales estaba vinculada a su apropiación y explotación como cosas, y en el mejor de los casos había un debate sobre la distribución de la riqueza producto de esa explotación. Se consideraba a estos temas y cuestiones una preocupación de los ecologistas, a quienes se trataba despectivamente como un grupo de fundamentalistas forajidos que obstruían decisiones gubernamentales de un mundo en constante evolución y desarrollo. También es cierto que ciertas escuelas de la ecología han tenido resistencias a incorporar la dimensión social.[41]

La historia del "medio ambiente" (así se lo comenzó a llamar) comienza con la toma de conciencia de la transformación de la naturaleza por la "intersección" del ser humano y evoluciona en la inclusión en los tratados y documentos internacionales subrayando los hitos conceptuales de la Conferencia de Estocolmo de 1972, el Informe Brundlandt de 1987 y la Conferencia de Río en 1992.[42]

Paralelamente se ha desarrollado el derecho ambiental como rama del derecho y perspectiva transversal que reforma y redefine a las instituciones clásicas. Así, se lo ha considerado como un derecho revolucionario –según Pigretti–, contestatario –según Antonio Benjamin–, insurgente, "herético, mutante, decodificante" –en palabras de Ricardo Lorenzetti según refiere Néstor Cafferatta–,[43] sintetizando diferentes autores.

A su vez, el fenómeno global de la constitucionalización de la cuestión ambiental fue "densificando" y "comprometiendo", junto con otras prerrogativas de marcado corte social, el constitucionalismo contemporáneo. Así, son insoslayables los marcos teóricos que aportan las nuevas constituciones latinoamericanas con su revalorización

40. En Argentina hay coincidencias en la doctrina en señalar el nacimiento del Derecho Ambiental con la sentencia en la causa Kattan, Alberto c/ PEN. Juzgado Federal Contencioso Administrativo Nº2, del 10 de mayo de 1983, donde se cuestiona el accionar del Estado contra el ambiente. Disponible en http://center-hre.org/wp-content/uploads/2011/07/1983-05-10-kattan-.pdf (consultado el 16 de marzo de 2018).

41. Sobre el origen de la *ecologia* como ciencia de la mano de Ernst Häeckel en 1869, su bifurcación en ramas una de las cuales es el *ambientalismo* y su interpelación con la política, las burocracias y la tecnología, ver Sergio Federovisky, *El medio ambiente no le importa a nadie*. Buenos Aires, Planeta, 2007.

42. Ver María José Lubertino Beltrán, "Los Principios Ambientales en el Derecho Internacional de América Latina". Ponencia para el V Congreso Argentino de Derecho Ambiental. 1 y 2 de diciembre de 2016 (premiada), en Néstor A. Cafferatta (dir.), *Revista de Derecho Ambiental* Nº49. Enero/Marzo 2017, pp. 77-91.

43. En su primera clase en la Carrera de Especialización de Derecho Ambiental, en el Curso 2016 en la Facultad de Derecho de la UBA.

de los principios ancestrales y todas las derivaciones en materia jurídica que esto supone. Especialmente la Constitución de Ecuador de 2008 "celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte, en diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir (o el pleno vivir), el *sumak kawsay*" y la de Bolivia de 2009, donde "el Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: […] *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kaki* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)".[44]

Aquí el paradigma ambiental, más allá del de la sustentabilidad que se fue construyendo globalmente en las últimas décadas del siglo XX, viene a recoger la cosmovisión de los pueblos originarios y a ratificar a la Naturaleza como sujeto y al ser humano como parte de ella. Es interesante ver cómo en latitudes ajenas a estas tradiciones esta innovación constitucional resulta bien acogida en orden a reforzar una concepción menos antropocéntrica y de limitaciones de los derechos individuales en función del cuidado de los bienes comunes y de nosotros/as mismos/as y las futuras generaciones.

Otro aporte interesante y desde otra perspectiva es la Carta Encíclica *Laudato Si'*, que devela el entramado entre el sistema de producción de riqueza, su inequitativa distribución y las inevitables e inescindibles consecuencia sociales y ambientales. En este alegato para salvar el ambiente el Papa advierte sobre el "comportamiento suicida" del sistema que ha convertido el planeta en un "depósito de porquería". Compartimos su crítica a la "cultura del descarte" de personas y cosas, al "paradigma tecnocrático dominante" y al "antropocentrismo moderno" y la necesidad de una ecología integral frente a una sola y compleja crisis socio-ambiental.[45]

Como sintetiza Elena Lucca, puede observarse un proceso a lo largo de la historia de la humanidad con diferentes etapas:

> Primero, humanos/natura éramos uno e indivisible. Segundo, el comienzo de la discriminación de los humanos/separados de la natura, con entidad propia. Tercero, el alejamiento de la natura, el desconocimiento, la utilización mercantilista y la significación de "dominación", como si representara un peligro o significara […] nuestro "poder". Cuarto, el momento de volver a reubicarla y sentirnos parte de ella. […] En todas esas etapas la relación cultural/humana con la natura, ha cambiado de ubicación […] de una simbiosis pasamos a un

44. Ver María José Lubertino Beltrán, "Los Principios Ambientales Ancestrales del Buen Vivir en el Derecho Latinoamericano y su vigencia en el Derecho Argentino". Buenos Aires, septiembre 2017. 100 pp. Tesina en la Especialización en Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, UBA (inédita). También en Carlos A. Rodríguez, "La nueva Constitución de Ecuador, ¿la tierra como sujeto de derechos?", en Néstor Cafferatta (dir.), *Summa Ambiental. Doctrina - Legislación - Jurisprudencia.* 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Tomo I, 2011, pp. 202-206.
45. Francisco (Santo Padre), "Carta Encíclica *Laudato Si'* del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común". Ed. Verbo Divino, 2015.

> frente a frente; y de este a un enfrentamiento. La hipótesis que aquí se plantea es la construcción del tiempo del "nosotros" con la natura.[46]

Nos inspiramos en análisis y reflexiones de Boaventura de Sousa Santos para pensar lo ambiental desde una perspectiva emancipatoria,[47] de Antonio Herman Benjamin para repensar los principios ambientales desde una perspectiva latinoamericana, de Valeria Berros y Eugenio Raúl Zaffaroni para reconocer a la Naturaleza, los animales y otros seres como sujetos de derechos, y de Ricardo Lorenzetti, Néstor Cafferatta, José A. Esain, Gonzalo Sozzo, Aníbal Falbo y Valeria Berros, entre otros/as, para revisar la conceptualización de los principios ambientales y la sistematización de las leyes de presupuestos mínimos.

## *II. 2. Derecho al ambiente*

El derecho al ambiente es reconocido en la Argentina primero a través de la jurisprudencia[48] y luego normativamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994, en el novedoso artículo 41.[49] En él se consagra el derecho al ambiente como un

46. Elena Lucca, *La Gesti*ón de los Territorios. La cosecha escondida o la percepción ambiental de los espacios. Buenos Aires, Diseño Editorial, 2016, p. 43.
47. Boaventura de Sousa Santos, *De las dualidades a las ecologías*. La Paz, REMTE (Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía). Disponible en http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/cuaderno%2018.pdf (consultado por última vez el 27 de marzo de 2018); *Democracia al borde del caos. Ensayo contra la autoflagelación*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Siglo XXI Editores, 2014; *Derecho y emancipación.* 1ª reimpresión. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Nº2). Disponible en http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Derecho%20y%20Emancipaci%C3%B3n.pdf; *Derechos humanos, democracia y desarrollo.* Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014; *Descolonizar el saber, Reinventar el Poder.* Montevideo, Ediciones Trilce/ Extensión Universidad de la República, 2010. Disponible en http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Descolonizar%20el%20saber_final%20-%20C%C3%B3pia.pdf; *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos.* Madrid, Editorial Trotta, 2014; *Revueltas de indignación y otras conversas*. La Paz, OXFAM; CIDES-UMSA; Ministerio de Autonomías, 2015.
48. Ver el famoso fallo Kattan en la causa de la protección de las toninas overas. Kattan, Alberto E. y otro c/Gobierno Nacional - Poder Ejecutivo. 10/05/1983. Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso-administrativo Federal Nº2. La Ley 1983-D, 576.
49. Artículo 41 CN: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.
Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

derecho-deber, tanto subjetivo individual como colectivo. Se establecen expresamente varios principios ambientales como son los de prevención-precaución y sustentabilidad-equidad intergeneracional. Se prescribe ante el daño ambiental ya acaecido la obligación en primer lugar y prioritariamente de recomponer –lo que implica que la indemnización es subsidiaria en caso de que la recomposición sea imposible.

Queda claro que están comprendidos en el concepto de ambiente no solo bienes naturales sino también culturales. Así, la Constitución de la Ciudad extiende la protección ambiental al patrimonio –no solo arquitectónico sino también cultural e inmaterial– y el paisaje, entre otros.

La Constitución Nacional establece los derechos a la información y educación ambiental. Prohíbe el ingreso al territorio de residuos peligrosos y/o radioactivos.

Uno de los puntos revolucionarios que instituye la Constitución Nacional reformada es una forma de *federalismo ambiental de concertación*. Esto es, aunque en principio la facultad de legislación y jurisdicción ambiental son locales, se establece un sistema de *leyes federales de presupuestos mínimos*, a las que las leyes provinciales podrán venir a complementar o maximizar, pero cuyos estándares deberán ser respetados en todo el país.

Recién en el año 2002 comenzaron a dictarse algunas de las leyes ambientales de presupuestos mínimos. La Ley General del Ambiente (Ley 25.675) es la principal, porque es una ley marco en relación a las otras y establece los principios por los cuales debe actuarse el resto de las normas, fallos y actos administrativos en todas las jurisdicciones.

Los distintos conflictos ambientales que se suscitan en el país ponen en acto las normas constitucionales y el sistema de leyes de presupuestos mínimos y sus principios, a partir de la judicialización que llevan adelante diferentes colectivos de damnificados/as, ONGs y ciudadanos/as en defensa del ambiente. Es allí donde la Justicia, y especialmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cobran un rol relevante en la construcción del derecho ambiental vigente en la Argentina.

### *II.3. Estado ambiental de derecho. Marco jurídico ambiental en Argentina*

Entendemos por Estado Ambiental de Derecho[50] el deber del Estado de sujetarse, en el ejercicio de sus funciones, a las normas y principios del derecho ambiental. “Este deber puede ser interpretado desde el texto constitucional, y

---

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

50. Ver mi tesis doctoral: María José Lubertino Beltrán, *El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa.* Doctorado Facultad de Derecho de la UBA. Buenos Aires, julio 2018 (inédita). Especialmente capítulo III, punto 2.3. Estado Ambiental de Derecho.

tiene un rol fundamental en la posmodernidad de la ciencia jurídica, en contextos de vaguedad de los enunciados jurídicos".[51]

Al referirnos al "estado ambiental de derecho" estamos hablando de "reconfigurar la gobernabilidad de modo que se pueda lograr armonía entre el sistema económico, social y ambiental".[52]

En la Argentina, obviamente, en el control de sujeción a las normas ambientales básicas se deben considerar como estándares mínimos los principios ambientales contenidos en la Constitución Nacional, los tratados, la Ley General del Ambiente (Ley 26.275) y otras normas de presupuestos mínimos.[53]

### Interpretación armónica con el Bloque de Constitucionalidad, Leyes de Presupuestos Mínimos y Complementariedad Maximizante Local[54]

Entre los puntos más importantes de la Reforma Constitucional de 1994 se encuentra la jerarquización de muchos tratados de derechos humanos con rango constitucional y/o en todos los casos supralegal[55] (art. 75, inc. 22),[56] cuyos efectos

51. Jorge Aranda Ortega, "El Estado de Derecho Ambiental: Concepto y Perspectivas de Desarrollo en Chile", en *Justicia Ambiental*. Universidad de Chile, p. 23. Disponible en http://ssrn.com/abstract=2411763 (consultado por última vez el 27 de marzo de 2018).
52. Ricardo L. Lorenzetti, en *Clarín*, 27/9/2017. Disponible en https://www.clarin.com/opinion/catastrofes-ambientales-desafio-mayor_0_BJm-vIuiW.html (consultado el 6 de octubre de 2017).
53. A este procedimiento de control específico lo denominamos *Control de Ambientalidad.* Ver mi tesis doctoral: María José Lubertino Beltrán, *El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa.* Doctorado Facultad de Derecho de la UBA. Buenos Aires, julio 2018 (inédita). Especialmente Capítulo VI, punto 4.
54. Ver María José Lubertino Beltrán, "El Derecho al Ambiente: Un desafío para la Justicia de la Ciudad". Ponencia presentada en las Jornadas "Desafíos actuales de la Justicia porteña. Autonomía e igualdad", organizada por la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Asociación de Pensamiento Penal, 29 al 31 de mayo de 2017, Facultad de Derecho, UBA.
55. En materia de ambiente con rango constitucional: Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8, 25 y 28, que si bien no tienen referencia expresa al ambiente se citan en su defensa en el marco de una interpretación armónica e integrada con el conjunto de textos constitucionales y convencionales), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XXVII y XXVIII *idem*), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 1, 2, 5, 6, 7 y 17, *idem*), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 1, 2, 3, 4, 5, 11,12 y 25, *idem*), Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 2, 4, 5, 25, 26 y 32, *idem*). Expresamente el Protocolo de San Salvador con rango supralegal hasta la fecha (agosto de 2018).
56. Otro punto sustantivo de esta norma es el párrafo que aclara que los tratados de DDHH con jerarquía constitucional deben considerarse "en las condiciones de su vigencia" (caso Giroldi, LL 1995-D-461) como conforme a las pautas interpretativas y criterios de los organismos internacionales encargados de su aplicación en ámbito internacional. Así, principios fundamentales de los Derechos Humanos como la *universalidad, indivisibilidad e interdependencia* (principio 9 de la Declaración de Viena sobre Derechos Humanos, 2003) son pauta interpretativa que resuelven tensiones y dilemas entre los derechos consagrados constitucionalmente en 1853, 1994 y o en los propios tratados de derechos humanos.

inmediatos ya se han hecho sentir en la jurisprudencia de estos años[57] pero tienen aún proyecciones futuras inimaginables.[58] Así determina que ese *bloque de constitucionalidad* es *norma subordinante de los ordenamientos derivados* de ella (nacional o provincial).[59] La intervención de los organismos internacionales de los derechos humanos es subsidiaria por lo que la obligación primaria de los/as jueces/zas y órganos d*el Estado es efectuar ellos/as mismos/as esta revisión de Convencionalidad.*[60]

La norma del artículo 41 de la Constitución Nacional se convierte además en el piso de protección del derecho al ambiente que profundiza de manera novedosa el *federalismo de concertación a través de las Leyes de Presupuestos Mínimos.*[61] Se introduce una *nueva técnica para el reparto de competencias Nación-Provincias/Ciudad en materia protección ambiental,* un *reconocimiento explícito de que el dominio originario de los recursos naturales corresponde a las provincias y a la Ciudad* en donde los mismos estuvieren situados y un *vigorizamiento de la descentralización territorial en el nivel municipal.*

Es muy interesante ver el juego de estos novedosos principios en el marco de la supremacía constitucional y federal y cómo la jurisprudencia los va asumiendo e interpretando en grado creciente a favor de la protección del ambiente (principios *pro homine, de progresividad* y *no regresividad*) mediante la aplicación de las normas de los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia y opiniones de los organismos internacionales encargados de su aplicación, que son vinculantes para la interpretación de aquellos. También es importante observar el desarrollo

57. Pablo Luis Manili, *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional Argentino.* Buenos Aires, La Ley, 2003.
58. Sería importante *jerarquizar con rango constitucional* el Protocolo del Pacto de DESC y el Protocolo de San Salvador que mencionan específicamente derecho al ambiente; ello contribuiría a reforzar la indivisibilidad, interdependencia y operatividad de los derechos económicos sociales y culturales y los derechos de tercera generación, aunque obviamente ambos tratados integran el bloque federal teniendo preeminencia sobre nuestras normas locales, incluso por sobre las constituciones provinciales.
59. José Alberto Esain, *Competencias Ambientales. El sistema federal ambiental. Fuentes. Distribución y alcances de las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
60. Tanto en el sistema europeo como en el interamericano, sus Cortes regionales en un desarrollo progresivo han asumido que ellas deben efectuar aun de oficio una inspección sobre las actividades de los tres poderes de los Estados a los efectos de averiguar si en el ámbito doméstico se han violado los Tratados sobre Derechos Humanos. A tal punto que han condenado a varios países, entre ellos al nuestro, por infringir este postulado.
61. "La relación entre los distintos órdenes de competencias es *de complemento* y puede adoptar dos formas: *de relleno o maximizante*. En el primer caso, la norma provincial *reglamenta o completa aquellos aspectos no previstos en la norma de presupuestos mínimos,* mientras que en el segundo caso, la norma provincial *optimiza el nivel de protección de la norma de presupuestos mínimos*" (Esain). En esa complementariedad tanto el Estado federal como las provincias pueden legislar sobre cuestiones de fondo y de forma.

de la jurisprudencia para nuestros/as jueces/as posterior a la tardía sanción de la leyes de presupuestos mínimos[62] a partir de 2002[63] y el salto cualitativo que ello implicó.

Así, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires están facultadas para completar las normas de presupuestos mínimos e incluso establecer *estándares tuitivos más exigentes* que los determinados por la Nación o sancionar leyes de presupuestos mínimos si aquella no lo hubiera hecho. En este sentido, *las jurisdicciones locales se reservaron el poder de establecer los presupuestos definitivos de protección ambiental, siempre que estos superen el piso de tutela ambiental establecido por el Congreso Nacional.*

Además, corresponde a las autoridades judiciales de las provincias y de la Ciudad interpretar y aplicar la normativa ambiental –local y de presupuestos mínimos– en los casos que se sometan a su conocimiento, con excepción de la intervención de los tribunales federales prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución y en el segundo párrafo del art. 7 de la Ley General del Ambiente (conf. jurisprudencia CSJN).

Es un sistema con una *nueva forma de descentralización legislativa*, que posibilita el ingreso de normas provinciales y de la Ciudad que reflejarán los lineamientos políticos locales, sumado a elementos centrales unificados. La norma del párrafo 3 del artículo 41 de la Constitución Nacional ratifica la supremacía federal pero es a la vez una excepción a su dinámica rígida al consagrar las competencias concurrentes complementarias. El *principio de complementariedad* refuerza pero a su vez refresca el federalismo, obligando a las provincias y a la Ciudad a ejercer su autonomía levantando la vara.

62. Se entiende por *Presupuestos Mínimos* –en definición del Consejo Federal de Ambiente– "al umbral b*á*sico de protección ambiental que corresponde dictar a la Nación y que rige en forma *uniforme en todo el territorio nacional como piso inderogable* que garantiza a todo habitante una protección ambiental m*ínima má*s all*á* del sitio en que se encuentre. Incluye aquellos conceptos y principios rectores de protección ambiental y las normas t*é*cnicas que fijen valores que aseguren niveles m*í*nimos de calidad…".

63. Las leyes de Presupuestos Mínimos que rigen en Ciudad de Buenos Aires son, por orden cronológico: Ley 25.612: Gestión Integral de los Residuos Industriales y de Actividades de Servicio, B.O. 29/7/02; Ley 25.670: Gestión y Eliminación de PCBs, B.O. 19/11/02; Ley 25.675: Gestión Sustentable y Adecuada del Ambiente, B.O. 28/11/02 (Esta es la *ley marco*, ocupa un lugar de centralidad en relación con las restantes; guarda relación horizontal con el resto de las leyes específicas o sectoriales de presupuestos mínimos y guarda relación vertical desde su supremacía con el resto de normas provinciales complementarias); Ley 25.688: Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, B.O. 30/1/03; Ley 25.831: Información Pública Ambiental, B.O. 7/1/04; Ley 25.916: Gestión de Residuos Domiciliarios, B.O. 7/9/04; Ley 26.331: Protección Ambiental de Bosques Nativos, B.O. 26/12/07 y Ley 26.562: Protección Ambiental para el Control de Actividades de Quema, B.O. 16/12/09.

## La cuestión ambiental en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscriptos por Argentina[64]

El derecho internacional de los derechos humanos se encuentra indisolublemente ligado al ambiente: el ambiente sano constituye no solo un derecho fundamental, sino también el contexto, el espacio vital, donde se pueden realizar todos los derechos de las personas. Latinoamérica es una de las regiones del mundo con más extendido y mayor nivel de ratificación de tratados en materia de derechos humanos.[65] Las propias constituciones de los países consagran con rango constitucional[66] o supralegal los tratados de derechos humanos en general o a los más importantes o así los ha consagrado la jurisprudencia.

Los tratados y declaraciones de DDHH[67] que aluden o son aplicables en defensa del derecho al ambiente en busca de sus principios:[68]

- Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).[69] Son las normas de los artículos 1 (fraternidad), 2 (no discriminación), 8 (acceso a

64. Ver mi tesis doctoral: María José Lubertino Beltrán, *El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa.* Doctorado Facultad de Derecho de la UBA. Buenos Aires, julio 2018 (inédita). Especialmente capítulo IV punto 1.3. Ver también: Silvia Nonna, "Panorama general e introductorio sobre Derecho Ambiental en Argentina", en *Evolución del derecho ambiental en el marco del Desarrollo Sostenible*. Buenos Aires, Derecho Abierto UBATIC, 2013. Disponible en https://www.youtube.com/watch?list=PLUloWyggRWowMwy7hg5860_KdaXUFRRTG&v=F8hRp_0XDhM (consultado en mayo de 2016).

65. Argentina, Uruguay, Paraguay, Ecuador y Bolivia son en la región los países que tienen ratificados todos los tratados en materia de derechos humanos de ONU y OEA vigentes. Chile ha suscrito y ratificado todos, con excepción del Protocolo de San Salvador, al que solamente ha firmado. Fuente: CIDH. Disponible en http://www.cidh.oas.org/basicos/spanish/Basicos4a.htm (consultado al 5 de abril de 2018). En este sentido es significativo el contraste con Estados Unidos y Canadá, que también integran la OEA pero no son parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

66. La CSJN de Argentina ha dicho que "deben entenderse como formando un *bloque único de legalidad* cuyo objeto y fin es la protección de los derechos humanos fundamentales de los seres humanos" (caso Arce, Jorge. Fallos 320:2145, de 1997). Esto es, los tratados entre sí deben ser considerados en conjunto. Esto no hace más que recoger principios de derecho internacional de los derechos humanos ya vigentes, pero resulta relevante en la medida en que son asumidos por la Corte. Criterio similar adoptan la mayoría de los países de la región.

67. Incluimos aquí las declaraciones que son expresamente mencionadas en la Constitución, a las que se les reconoce fuerza vinculante. Al no existir tratados genéricos en materia ambiental, no entramos en detalle de tratados ambientales de tópicos específicos.

68. Para ver los tratados en materia ambiental sin rango constitucional, pero también normativa supralegal y otros principios de Derecho Internacional aplicables: María José Lubertino Beltrán, "Supremacía constitucional y Federalismo Ambiental. Orden de prelación de las normas ambientales". Buenos Aires, 2016 (para Doctorado UBA, inédito), en puntos V y VI.

69. Adoptada por la ONU (Resolución 217), compuesta entonces por 58 Estados, el 10 de diciembre de 1948 (solo la votaron 48 a favor, según Reneé Cassin, uno de sus redactores)

la Justicia), 25 (nivel de vida adecuado, salud, bienestar, alimentación, vivienda) y 28 (efectividad DDHH), las que si bien no tienen referencia expresa al ambiente se citan en su defensa en el marco de una interpretación armónica e integrada con el conjunto de normas constitucionales y convencionales.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH).[70] Las normas de los artículos XVII y XVIII son las que si bien no tienen referencia expresa al ambiente se citan en su defensa en el marco de una interpretación armónica e integrada.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).[71] Las normas de los artículos 1, 2, 5, 6, 7 y 17 son las que aún sin referencia expresa al ambiente se citan en su defensa. Que además cobra mayor fuerza con su Protocolo Facultativo, que también tiene rango constitucional.[72]
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).[73] Las normas de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 11, 12 y 25 son las que se citan en defensa del ambiente. Es fundamental el artículo 2-1 que impone a los Estados "lograr progresivamente la plena efectividad de los

70. Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá en 1948. En relación a ella la Corte IDH ha dicho en su O.C. 10 de 1989, luego de aclarar que no es un tratado: "…no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era […] la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano…" (párrafo 37) y "Para los estados miembros de la OEA, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta […] Es decir, para estos estados […] constituye […] *una fuente de obligaciones internacionales*" (párrafo 45).

71. Adoptado por la ONU el 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Todos los países latinoamericanos lo tienen ratificado, menos Antigua y Barbuda, Saint Kitts y Nevis y Cuba, que solo lo ha firmado, y Santa Lucía, que recién lo ha firmado en 2011. No hay información sobre Aruba, Curazao y Saint Marteen (ex Antillas holandesas) que desde 2010 están en proceso de descolonización y antes su situación era informada por Países Bajos. Sin embargo podemos decir que las normas tienen vigencia universal y regional y sus estándares deben ser alcanzados por todos los países. Aunque hay menos países comprometidos con los mecanismos de defensa de esos derechos o la eliminación de la pena de muerte que se incorporaron a través de los protocolos facultativos. No han ratificado ninguno de los dos protocolos facultativos: Bahamas, Cuba, Belize, Haití, Dominica, Trinidad y Tobago, Granada y Jamaica, a los que obviamente hay que agregar aquellos países que no ratificaron el Pacto. Además, no ratificaron aún el Segundo Protocolo adicional al Pacto: Perú, Surinam, Guyana, República Dominicana, Guatemala ni Barbados.

72. En el punto 2.2. de este capítulo analizamos las herramientas de defensa del ambiente en el Derecho Internacional y allí volveremos sobre él.

73. Adoptado por la ONU el 16 de diciembre de 1966. La casi totalidad de los países de Latinoamérica han ratificado también este Pacto, con excepción de Antigua y Barbuda, Dominica, Islas Cook, Saint Kitts y Nevis, Cuba y Santa Lucía, que no lo han suscripto. Falta también la ratificación de Santo Tomé y Príncipe. Lo cual no obsta su contundente vigencia a nivel universal y regional.

derechos aquí reconocidos". Esta *cláusula de progresividad* se opone en forma correlativa a la adopción de medidas regresivas, está implícita en resto de los tratados en materia de derechos humanos[74] y crea un nuevo *control de razonabilidad estricto.*[75] El artículo 11-1 reconoce el "derecho de toda persona a una mejora continua de las condiciones de existencia". Hay una mención expresa al "medio ambiente" en el inciso 2.b del artículo 12 relativo al derecho a la salud ("El mejoramiento en todos sus aspectos […] del medio ambiente").

En materia de protección del patrimonio el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) alude a la "participación en la vida cultural" y a la "conservación, desarrollo y difusión de […] la cultura".

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (PSJCR o CADH).[76] Las normas de los artículos 1, 2, 4, 5, 25, 26 (principio de progresividad)[77] y 32 son las que, aún sin referencia expresa al ambiente, se citan en su defensa en el marco de una interpretación armónica e integrada con el conjunto de textos constitucionales y convencionales. En este sentido es muy importante la Opinión Consultiva de la Corte IDH 23/17 sobre Ambiente

74. Ver Rebeca Cook, *Derechos Humanos de las Mujeres*. Bogotá, Profamilia, 1997. Contiene mucha información sobre la aplicación transversal de los tratados y principios de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que puede ser útil para trasladarla al Derecho Ambiental.

75. Ver Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp. 92-116: "…La obligación de no regresividad agrega a las limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal o histórica: aun siendo racional, la legislación no puede empeorar la situación de la reglamentación del derecho vigente, desde el punto de vista del alcance y amplitud […] una norma [que] reglamenta o implementa un derecho social es regresiva respecto de otra […] *cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esta norma.* Esto es, cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social o le imponga condiciones que con anterioridad no debía sortearse….". Dado el criterio de escrutinio estricto, rige la doctrina de la inversión de la carga de la prueba y, en caso de duda, el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad; siendo este estándar asimilable al de las denominadas por la doctrina norteamericana "categorías sospechadas".

76. Adoptada en la Ciudad de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigor el 17 de julio de 1978. Tiene plena vigencia regional, estando suscrita y ratificada por todos los países, salvo Bahamas, Belize, Guyana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas. Son graves y de lamentar las denuncias del Pacto de Venezuela y Trinidad y Tobago.

77. El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto establece el compromiso de adoptar providencias, especialmente económicas y técnicas, "para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura […] en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios".

y Derechos Humanos[78] solicitada por Colombia que analizaremos en el punto 1.3.2. de este capítulo.

- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".[79] Le da una fuerza contundente en la región al reconocimiento del derecho al ambiente, sus principios y los instrumentos para su defensa en el plano nacional e internacional,[80] aunque todavía no tenga jerarquía constitucional. Reviste también particular importancia en la defensa del derecho al patrimonio su artículo 14, que refiere al derecho a "participar en la vida cultural y artística de la comunidad" y alude además a la "conservación, desarrollo y difusión de […] la cultura y el arte".
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[81] Aunque no goza aún de jerarquía constitucional, la tiene supralegal[82] y dota de mayor eficacia y herramientas al Pacto del Sistema Internacional de mayor pertinencia en la materia.

También deben considerarse los siguientes tratados:

- Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR.[83] Es fundamental y vinculante para todos los Estados partes de MERCOSUR –en nuestro caso con carácter supralegal– porque convierte para ellos en derecho obligatorio y vinculante los Principios de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y se comprometen a instrumentar la aplicación de aquellos que no hayan sido objeto de Tratados Internacionales (arts. 1 y 2). En el art. 3 se

78. Corte IDH, O.C. 17 del 15 de noviembre de 2017. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf (consultado el 5 de abril de 2018).
79. Adoptado por la Organización de los Estados Americanos en la ciudad de San Salvador el 17 de noviembre de 1988. Entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999. Todos los Estados partes del Pacto de San José de Costa Rica lo han ratificado también, con excepción de Chile, Haití, Venezuela y República Dominicana, que solo lo firmaron y está pendiente de ratificación. En Argentina, aprobado por Ley 24.658.
80. Es importante considerar las normas de los arts. 1 (*Obligación de adoptar medidas* […] a fin de lograr *progresivamente*, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos), 2 (Obligación de adoptar disposiciones de Derecho Interno), 3 (no discriminación), 4 (no admisión de restricciones), 5 (alcance restricciones) y particularmente la inclusión expresa del *derecho al ambiente* en el art. 11.
81. Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008. Entró en vigor el 5 de mayo de 2013.
82. En el punto 2.2. de este capítulo analizamos las herramientas de defensa del ambiente en el Derecho Internacional y allí volveremos sobre él.
83. Aprobado por la "XX Cumbre Presidencial de MERCOSUR", 21 y 22 de junio del año 2001 en Asunción, Paraguay, y que entró en vigor el 23 de junio de 2004.

consagran expresamente los principios de principios de progresividad/gradualidad, flexibilidad y equilibrio (inc. a);[84] gobernanza (perspectiva ambiental transectorial, inc. b) desarrollo sustentable y cooperación (inc. c); prevención (inc. d); participación (inc. e); responsabilidad/internalización de costos (inc. f).

En materia de *Patrimonio Natural* y *Cultural* los más importante tratados ratificados por Argentina de carácter genérico,[85] sin entrar en temas específicos, son normas con jerarquía infraconstitucional, pero supralegal (art. 75, inc. 22, párr. 1°):

- Carta de Atenas para la restauración de monumentos históricos (1931).[86]
- Convención para la protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado y reglamento para la aplicación de la Convención y sus dos protocolos adicionales.[87]
- Carta Internacional sobre Conservación y Restauración de Monumentos y Sitios (Carta de Venecia, 1964). Otorga precisiones sobre la noción de monumento y lugares monumentales. A raíz de ella, la UNESCO propuso la creación del Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS).[88]
- Normas de Quito (1967).[89] Aluden especialmente al patrimonio histórico americano, y fueron adoptadas bajo los auspicios de la OEA.
- Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales.[90]
- *Convención Internacional para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural*.[91] Su artículo 1 define la noción de "patrimonio cultural".

84. La progresividad/gradualidad también surge del Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre Medio Ambiente.
85. Destacados los dos medulares.
86. Primera Conferencia Internacional de Arquitectos y Técnicos de Monumentos Históricos, 1931.
87. Convención y Primer Protocolo, La Haya, 14 de mayo de 1954. Argentina adhirió el 23 de marzo de 1989. Aprobados por Ley 23.618 del 20 de octubre de 1988; Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, adoptado en La Haya el 26 de marzo de 1999, aprobado por Ley 25.478 del 24 de octubre de 2001. B.O., 26 de noviembre de 2001.
88. Disponible en http://www.icomos.org/charters/venice_sp.pdf. Fecha de consulta: 15 de julio de 2017.
89. Disponible en http://icomoschile.blogspot.com.ar/2007/09/quito-entre-dos-cartas1967-y-1977.html. Fecha de consulta: 15 de julio de 2017.
90. Aprobada por la 16ª Conferencia de la UNESCO, en París, el 14 de noviembre de 1970. Aprobada por Argentina por Ley 19.943. Argentina la ratificó el 11 de enero de 1973.
91. Aprobada por la 17ª Conferencia General de UNESCO en París el 16 de noviembre de 1972. Aprobada por Ley 21.836, B.O. del 14 de julio de 1978. Aceptada el 23 de agosto de 1978.

- Convención sobre Defensa del Patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las Naciones Americanas.[92]
- Carta Internacional para la Conservación de Ciudades Históricas y Áreas Urbanas Históricas (Carta de Washington, 1987).[93]
- Convenio UniDroit[94] sobre objetos culturales robados o exportados ilegalmente.[95]
- Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático.[96]
- *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*.[97] Define en sus arts. 1 y 2 la categoría "patrimonio cultural inmaterial".
- Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.[98]

Estos pactos son producto de la evolución del concepto de patrimonio a lo largo de los años, pero están todos vigentes y deben interpretarse de manera armónica y dinámica (se han destacado en cursiva los dos más importantes).[99]

Es también fundamental el flamante Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.[100] Es el primer acuerdo regional vinculante en materia de democracia ambiental para proteger los derechos de acceso a la información ambiental, la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en asuntos ambientales

92. OEA, Convención de San Salvador, adoptada en Washington el 16 de junio de 1976. Aprobada por Argentina por Ley 25.568 de 2002. Ratificado por Argentina en 2002.
93. Disponible en https://www.icomos.org/charters/towns_sp.pdf. Consultado el 17 de julio de 2017.
94. Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales fueron publicados por primera vez en 1995, siendo UNIDROIT una agencia especializada de las Naciones Unidas que tiene como misión la unificación del derecho privado.
95. Adoptada en Roma 24 de junio de 1995. Aprobada por Ley 25.257, sancionada el 15 de junio de 2000.
96. Aprobada por la Conferencia General de UNESCO en París, 2 de noviembre de 2001. Aprobada por Ley 26.556. Ratificada por Argentina el 10 de julio de 2010.
97. Aprobada por la 32ª Conferencia General de UNESCO en París el 17 de octubre de 2003. Aprobada por Ley 26.118. Ratificada por Argentina el 9 de agosto de 2006.
98. Aprobada por la Conferencia General de UNESCO en París el 20 de octubre de 2005. Aprobada por Ley 26.305, del 14 de noviembre de 2007. B.O.: 19 de noviembre de 2007.
99. Ver también Mariana Pucciarello, "La protección jurídica del Patrimonio Cultural en la Ciudad de Buenos Aires", en Guillermo Scheibler (coord.) y otros, *Cuestiones de Derecho Urbano.* Buenos Aires, Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, pp. 223-226.
100. Aprobado en el marco de la CEPAL en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018 por representantes de 24 países de América Latina y el Caribe. Se abrió a la firma de los 33 países de América Latina y el Caribe el 27 de septiembre de 2018 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

(Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo), consagra la protección de los defensores/as de los derechos humanos en materias ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación. Estará abierto a la firma desde septiembre de 2018 y requiere la ratificación de 11 países para su entrada en vigencia. Entretanto es pauta interpretativa, asimilable a la costumbre del derecho internacional.

Obviamente todos estos tratados deben interpretarse conforme la jurisprudencia, recomendaciones, observaciones y opiniones consultivas de los organismos internacionales en materia de Derechos Humanos encargados de su aplicación.[101] En este sentido es relevante la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte IDH sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos,[102] que establece las obligaciones estatales en relación con el ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal y la interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH. Se interpreta la CADH interrelacionando los derechos humanos y el ambiente ("relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos"), se analizan los derechos humanos afectados por la degradación del ambiente, incluyendo el derecho a un ambiente sano, y pormenorizadamente se establecen estándares mínimos para las obligaciones estatales en relación al cuidado del ambiente: prevención (deberes de regulación, supervisión y fiscalización, requerimiento y aprobación de EIA,[103] establecer plan de contingencia y mitigar casos de ocurrencia de daño ambiental), precaución ("actuar conforme al principio de precaución frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, que afecten los derechos a la vida y a la integridad personal, aun en ausencia de certeza científica"), cooperación (deberes de notificación, consulta y negociación con otros Estados potencialmente afectados, buena fe en la consulta y negociación) y su procedimiento (acceso a la información, participación pública y acceso a la Justicia). La Corte IDH recordó que estas obligaciones son para todos los órganos de Estado, incluidos los poderes Judicial y Legislativo.

101. Sitios web de ONU, y especialmente de todos sus Comités de DDHH, CIDH, Corte IDH, TEDH, y Aída Kemelmajer de Carlucci, "Ambiente y Derechos Humanos en la Jurisprudencia de los Tribunales Regionales de derechos Humanos", Power point de agosto 2015 (para Carrera de Especialización en Derechos Ambiental, Facultad de Derecho, UBA).
102. Corte IDH, OC 23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos del 15 de noviembre de 2017, por una solicitud de Colombia en marzo de 2016 en un caso referido a la región del Gran Caribe y los estados ribereños. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf (consultado el 29 de marzo de 2018).
103. Establece requisitos mínimos para los EIA que deben ser previos, por entidades independientes bajo supervisión del Estado, abarcando el impacto acumulado, participación de los/as interesados/as y respetando tradiciones y cultura de los pueblos indígenas.

Además existe la una extensa lista de otros Documentos Internacionales no vinculantes ("soft law") que son considerados costumbre del Derecho Internacional[104] y en función de ello también pauta interpretativa que ilumina todos los tratados vigentes[105] y que, al paso de los años, los Comités técnicos de Naciones Unidas, las Cortes y Tribunales de DDHH y la jurisprudencia nacional van receptándolos.

Entre estos son fundamentales:

- Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972, en Estocolmo).[106] Se considera el documento fundacional global en materia ambiental, si bien tiene una visión antropocéntrica.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1972.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y Programa 21 o Agenda 21 (Cumbre de Naciones Unidas, Río de Janeiro del 3 al

104. La costumbre internacional es descripta en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como "la práctica seguida por los sujetos internacionales que es generalmente aceptada por estos como Derecho".

105. Máxime si se considera el criterio de "condiciones de su vigencia" adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina desde el caso Giroldi. La jurisprudencia de la Corte en Argentina ha sido pacífica en cuanto a la aplicación directa de las normas del derecho de gentes y en cuanto a ellas vinculan inmediatamente a los órganos internos, ya desde los autos Delfino c/ Ferrando del 26 de enero de 1867 al referirse a los "principios de derecho internacional" y la "práctica de las naciones civilizadas" (Fallos 4:64). Según las jurisprudencias latinoamericanas en los diferentes países, estos documentos son como mínimo pauta interpretativa, aunque a veces llegan a ser considerados "integradores de Ley", "filtros purificadores", "diques de contención", "orientadores", entre otros, pudiendo para algunos, llegar a ser "vinculantes y perentorios" para el/la juez/a. Ver Pilar Moraga Sariego, "Los principios del Derecho Ambiental según la Jurisprudencia Nacional", p. 3. Ver en http://decs.pjud.cl/Documentos/Academicos/Jurisprudencia_Principios_Derecho_Ambiental_Pilar_Moraga.pdf

106. A iniciativa del gobierno de Suecia, la conferencia fue abierta y dirigida por el primer ministro sueco, Olof Palme, y el secretario general Kurt Waldheim. Con representantes de 113 países, 19 organismos intergubernamentales y más de 400 organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, es reconocida como el comienzo de la conciencia moderna política y pública de los problemas ambientales globales. Aun dentro del paradigma antropocéntrico (ver Considerando Primero), significó para su época un parteaguas, consagrando 26 principios sobre el medio ambiente y el desarrollo, un plan de acción con 109 recomendaciones, y una resolución. Consagra los principios de *precaución* y *equidad intergeneracional* (punto 6), *responsabilidad*, *cooperación* y *equidad intergeneracional* (punto 7), *equidad intergeneracional* (principio 2), *responsabilidad* y *sustentabilidad* (principio 4), *precautorio* y *solidaridad* (principio 5), *prevención* (principios 6 y 7), *sustentabilidad* (principios 13 y 14), *responsabilidad* y *solidaridad* (principio 22) y *cooperación* y *solidaridad* (principio 24).

14 de junio de 1992). Continúa en la visión antropocéntrica, aunque un poco más ecléctica. Así dice en el primero de sus principios: "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza". La concepción de desarrollo sostenible de Río 92 está cargada de ideas verdes y de hecho incorpora el principio de Armonía con la Naturaleza, pero no abandona la visión clásica economicista de desarrollo, aunque se le agregue el calificativo "sostenible". Se van notando cambios en el rumbo hacia la apertura al nuevo paradigma bio o ecocéntrico.[107]

-• Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1993.[108]

- Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible. Plan de aplicación de las decisiones de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible. Johannesburgo, 4 de septiembre de 2002.
- Resolución 16/11 del Consejo de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, señala varios elementos claves de la interacción entre derechos humanos y ambiente.[109]

107. Se receptan los principios de *sustentabilidad* y *armonía con la naturaleza* (principio 1), *soberanía* y *responsabilidad* (principio 2), *sustentabilidad y equidad intergeneracional* (principio 3), *sustentabilidad/ desarrollo sostenible* (principio 4), *responsabilidad, cooperación y sustentabilidad* (principio 5), *cooperación y solidaridad* (principio 6 y 27), *cooperación, solidaridad y responsabilidad* (principio 7), *sustentabilidad* (principio 8), *responsabilidad* (principios 13 y 16), *prevención* (principio 14) y *precautorio* (principio 15). Hay un expreso *reconocimiento a los Pueblos originarios* y comunidades locales en cuanto a sus saberes en relación a la preservación del ambiente y la necesidad de su participación (principio 22).

108. Este documento es de trascendental importancia para la comprensión acabada de los tratados en materia de derechos humanos. Especialmente el principio 9 de la Declaración en cuanto consagra la *universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos*, pieza clave en la interpretación de todo el bloque de constitucionalidad y para los controles de constitucionalidad y/o convencionalidad, en su caso.

109. "a) El desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente pueden contribuir al bienestar humano y al disfrute de los derechos humanos; b) Los daños ambientales *pueden tener consecuencias negativas* […] *en el disfrute efectivo de los derechos humanos*; c) […] los daños ambientales *se dejan sentir con más fuerza en los sectores de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerables*; d) Muchos de los daños ambientales *son de carácter transnacional* y es importante cooperar eficazmente a nivel internacional para hacerles frente […] e) Las obligaciones y los compromisos en materia de derechos humanos pueden guiar y reforzar la formulación de políticas…en la esfera de la protección del medio ambiente y fomentar su coherencia y la legitimidad y sostenibilidad de sus resultados". Para ampliar este tópico es fundamental el "Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente" de la Alta Comisionada de ONU para los Derechos Humanos presentado en su Informe al Consejo de Derechos Humanos en 2011.

- Declaración "El Futuro que Queremos" (Rio+20, 2012). Los/as jefes/as de Estado y de las Naciones Unidas aprueban en el considerando:
  39. Reconocemos que el planeta Tierra y sus ecosistemas son nuestro hogar y que "Madre Tierra" es una expresión común en muchos países y regiones, y observamos que algunos países reconocen los derechos de la naturaleza en el contexto de la promoción del desarrollo sostenible. Estamos convencidos de que, para lograr un justo equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, es necesario promover la *armonía con la naturaleza* (el destacado es nuestro).
  Para llegar a este texto que incorpora la perspectiva biocéntrica o ecologista profunda se recorrió un largo camino de antecedentes, Foros y Cumbres de sociedad civil y movimientos sociales que fueron sistematizando estos postulados y consensuando globalmente principios, donde las organizaciones latinoamericanas y el reconocimiento de las perspectivas de nuestros pueblos originarios tuvieron un rol relevante.[110]
- Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible,[111] que incluye 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible –entre ellos, especialmente el Objetivo 11: "Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles"–, que reconocen la relevancia del desarrollo urbano y territorial para mejorar el bienestar de toda la población. Alcanzar las condiciones adecuadas de habitabilidad en las ciudades y los asentamientos humanos para que sean inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles es una meta cuyo logro está vinculado con la superación de los desafíos que plantean la pobreza y el cambio climático, energía e infraestructura y economía inclusiva, entre otros. También ver el Objetivo 12, meta 12.8, que busca "asegurar que las personas de todo el mundo tengan la información y los conocimientos pertinentes para el desarrollo sostenible y los estilos de vida en armonía con la naturaleza".

**La jurisprudencia de la CSJN**

Lenta pero consistente e irreversiblemente la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación va siendo permeada por los nuevos institutos. Se asume en su rol de "corte ambiental". La creación de la Oficina de Justicia ambiental

110. Ver las Iniciativas y Consensos de Sociedad Civil global y regional en materia ambiental en el punto 1.3.5. de mi tesis doctoral *El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa*. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2019.
111. Aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. Disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/L.1&Lang=S. Consultado el 17 de septiembre de 2017.

y su equipo especializado son sin dudas una inversión que rinde sus nutritivos frutos a medidas que se vislumbran sus investigaciones detrás de la pluma de los nuevos fallos.

Si bien nuestro sistema de control de constitucionalidad es difuso, es creciente el rol respaldatorio de la jurisprudencia del Máximo tribunal en materia ambiental. Se va conformando una coraza en defensa de nuestro ambiente que de alguna forma vincula a los/as jueces/zas pues es necesario evitar que sus sentencias sean totalmente imprevisibles, o que dicten sentencias contradictorias, o de forma caótica.

Los fallos de la Corte en la Causa Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros[112] de 20/6/2006, 20/3/2007, 22/8/2007 y 8/7/2008[113] con motivo del saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo significan un parteaguas en materia ambiental para todo el país.[114] Allí se define al ambiente como indivisible e indisponible y como un *bien colectivo*, otorgándole prioridad a la *prevención.*[115]

112. Ver en la web: http://www.cij.gov.ar/riachuelo.html.

113. Autos Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios. Si bien la causa continúa hasta hoy, después de 12 años, y se siguen produciendo fallos y ordenando medidas, el saneamiento del Riachuelo aún es una asignatura pendiente. Los fallos más emblemáticos de la causa son los iniciales: Pronunciamientos del 20/6/2006 (Fallos: 326:2316) (Competencia originaria - Daño ambiental colectivo), disponible en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=84489 y del 8/7/2008, disponible en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=88926; 24/08/2006 (Fallos: 329: 3445) (Terceros - Defensor del Pueblo), 30/08/2006 (Fallos: 329:3528) (Asociaciones y fundaciones - Estatutos ), 06/02/2007 (Fallos: 330:22) (Potestades jurisdiccionales e instructorias - Informe - Audiencia ), 23/02/2007 (Potestades jurisdiccionales e instructorias - Informe - UBA), 20/03/2007 (Fallos: 330:1158) (Integración de la litis - Frente activo - Terceros - Afectados - Asociaciones - Acumulación de pretensiones), 12/06/2007 (Fallos: 330:2746) (Audiencia pública- Plan Integrado para el Saneamiento de la Cuenca), 22/08/2007 (Fallos: 330:3663) (Proceso colectivo ambiental - Potestades ordenatorias jurisdiccionales - Información - Substanciación), 08/07/2008 (Fallos: 331:1622) (Daño ambiental colectivo - Sentencia definitiva - Ejecución - Acumulación de causas).

114. Ver mi tesis doctoral: María José Lubertino Beltrán, *El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa.* Doctorado Facultad de Derecho de la UBA. Buenos Aires, julio 2018 (inédita). Especialmente capítulo VII, punto 1.

115. "La presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido tiene *prioridad absoluta la prevención del daño futuro,* ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En 2º lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, el resarcimiento" (es destacado es nuestro); Mendoza, Beatriz S. y otros c/Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza-Riachuelo). CSJN, 20 de junio de 2006, Fallos: 326:2316. Ver Elisa Pérez de los Cobos Hernández, "La Causa 'Mendoza', un proceso autónomo y urgente", en Néstor Cafferatta (dir.) y Silvana Terzi (coord.), *Derecho Ambiental. Dimensión Social*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 469-538.

Se establece el paradigma de la gestión ambiental integral e imperativa.[116] Se le da un rol relevante al *acceso a la información*, como derecho de todos/as y se efectúan críticas a los gobiernos por falta de información, o información inadecuada o imprecisa. Se recalca la obligación de los generadores de contaminación y de los Estados de hacer estudios e informar.

El ambiente como *derecho/deber*[117] habilita la participación: "Participar en la gestión del ambiente no implica atribuirse los derechos del pueblo y peticionar a su nombre, sino ejercer el derecho-deber de preservarlo".[118] Así irrumpe con fuerza la necesidad de la participación ciudadana en el monitoreo de la información, la formulación de las metas de prevención y recomposición y la ejecución del plan.

En esta causa se ve un ejemplo claro de *activismo judicial* en el cual se subrayan las facultades ordenatorias de los jueces (art. 32 LGA):

> El daño que un individuo causa al bien colectivo ambiente *se lo está causando a sí mismo.* La mejora o la 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*.[119]

En el fallo del 20 de junio de 2006 la Corte declara su incompetencia originaria para conocer de la demanda por el resarcimiento de los daños y perjuicios

116. "El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental *no configuran una mera expresión* de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos" (es destacado es nuestro). Mendoza, Beatriz S. y otros c/Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza-Riachuelo) - M. 1569. XI. Original. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de junio de 2006 - Fallos: 326:2316.
117. "*La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes* que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato [del derecho] que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras" (es destacado es nuestro). Mendoza, Beatriz S. y otros c/Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza-Riachuelo) - M. 1569. XI. Original. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de junio de 2006 - Fallos: 326:2316.
118. Mario Valls, *Presupuestos mínimos ambientales. Ley general 25.675 comentada, anotada y concordada. Leyes especiales comentadas*, p. 84, comentando con motivo de la Causa Mendoza la aplicación del artículo 19 de la LGA y la participación en el artículo 41 CN: "Vigoriza y adecua la gestión del ambiente a la realidad"; "Coadyuva a que se sigan carriles republicanos", *op. cit*., p. 85.
119. Mendoza, Beatriz S. y otros c/Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza-Riachuelo) - M. 1569. XI. Original. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de junio de 2006 - Fallos: 326:2316 (es destacado es nuestro).

individuales y fijó su competencia originaria en relación con las pretensiones de prevención, la recomposición y resarcimiento del *daño colectivo.*

En resolución del 22 de agosto de 2007, fijó una serie de reglas para su tramitación como proceso colectivo, de excepcional naturaleza, cuyo objeto es la tutela del *bien colectivo* (contaminación del río Matanza-Riachuelo), teniendo como prioridad absoluta la prevención y la recomposición del daño. La fijación de dichas pautas se sustentaba en la necesidad de encauzar su trámite mediante "un procedimiento útil y eficiente que no frustrara ni distorsionara los ingentes intereses comprometidos ni el adecuado y oportuno ejercicio por el Tribunal de su jurisdicción constitucional". La Corte ya comenzaba a explorar criterios para lo que finalmente será su Acordada en materia de Procesos colectivos).

La Corte lleva adelante un *proceso atípico e innovador.* En primer lugar, determinó las pretensiones, luego *requirió informes* a las empresas demandadas, *exigió la presentación de un plan de acción a las autoridades competentes* y convocó a *audiencias públicas* (Fallos: 329:2316). Aceptó la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación y de organizaciones de la sociedad civil como terceros interesados. Requirió a la Universidad de Buenos Aires que informara sobre los puntos incluidos en el plan presentado por las autoridades. Después, estableció *objetivos* a ser alcanzados mediante la ejecución de un *programa de acciones*, disponiendo plazos y responsables, e ideó una "microinstitucionalidad" –como la llama García Espil– para monitorear su cumplimiento (Fallos: 331:1622).

Es decir la Corte, exige a los organismos encargados de la gestión que planifiquen y den publicidad y transparencia a ese proceso y ella misma lo hace. Exige garantizar múltiples oportunidades de deliberación –audiencias públicas mediante– en torno a los fundamentos expuestos. Se pasa de un modelo judicial de exclusiva argumentación a otro de adopción de medidas para intentar buscar eficacia jurídica.

La Corte se reivindica como "intérprete final de la Constitución, guardián último de los derechos de las personas" y como "partícipe en el proceso republicano de gobierno". Dice velar para que las sentencias por ella dictada sean lealmente acatadas "desmantelando todo acto que pretenda desnaturalizarlas, neutralizarlas o paralizarlas". Esto es, ejerce un control de ambientalidad fáctico, no solo argumentativo decisorio.

Otros fallos importantes de la Corte en materia ambiental que iluminan la interpretación constitucional y deben guiar la defensa de este derecho en nuestra ciudad son Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad de 16/05/1995,[120] Villivar, Silvana Noemí v. Provincia del Chubut y otros (Conflicto

120. Fallos: 318:992. No corresponde la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una causa en que se han puesto en tela de juicio *cuestiones concernientes al derecho público local y de competencia de los poderes locales, como es la protección ambiental.*

"Oro Esquel") del 17/4/07,[121] Salas, Dino y otros c. Salta provincia de y Estado Nacional s/amparo (originario) de 19/2/2008 y 13/12/2011,[122] Martínez, Sergio R. c. Agua Rica LLC Sucursal Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo. 02/03/2016[123] y Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, provincia de y otro, del 26/04/2016.[124]

También son importantes los fallos en varias provincias que consagran que el "patrimonio" integra el "ambiente" y la protección de patrimonio histórico cultural: Daniel Olivieri - Acción popular (ley 10.000) vs. Municipalidad de Rosario de la Cám. Apel. Civ y Com Rosario, 31/3/04,[125] Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. GCBA y otros s/demandas contra al auto administrativo del Juzg. Cont. Adm. y Tribut. Nº2 CABA, 27/11/2006 y de la Sala II Cám. Cont. Adm. y Tributaria, 14/8/2008,[126] Vaggione, Rafael vs. Superior Gobierno de Córdoba, 12/8/1994)[127] y Antrito Enrique vs. Municipalidad de Villa La Angostura del TSJ Neuquén, 1999.[128]

### *II.4. Mal desarrollo y extractivismo[129]*

Es necesario e interesante analizar lo que está ocurriendo en el mundo, en nuestra región y en Argentina en materia ambiental. Para ello seguimos a Maristella Svampa y Enrique Viale en el análisis de las características mismas del

121. Fallos: 330:1791. *Concurrencia complementaria maximizadora* (en el voto fundado de Lorenzetti, Fayt y Petracchi).
122. Control de convencionalidad. Principio precautorio - Mandamus al Poder legislativo provincial de modificar ley. Obligación de impacto ambiental - Presupuestos mínimos procesales en la LGA - Principios ordenatorios y procesales. Cautelar. Suspensión permisos - Precariedad de las autorizaciones administrativas (mal llamadas "licencias ambientales") - Principio de Legalidad. Legalidad Ambiental - Acceso a la información - Participación ciudadana - "Estado ecológico de derecho".
123. (119.084 - Diario La Ley del 22/03/2016, p. 7) Estudio de impacto ambiental como presupuesto mínimo (art. 41 CN). - Principio de congruencia - Poder disciplinante de las normas nacionales respecto a las locales.
124. Disponible en http://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/wp-content/uploads/2016/04/document10.pdf. En el caso de las represas hidroeléctricas, que aún no tiene sentencia definitiva.
125. En JA 2004-III-306. Caso relativo a la protección de intereses difusos en torno al Monumento a la Bandera.
126. Relativo a la demolición Casa Millán y reparación daño moral colectivo ambiental.
127. Sobre memoria histórica y cultural y preservación del patrimonio cultural.
128. Inversión de la carga de la prueba.
129. Ver mi tesis doctoral: María José Lubertino Beltrán, *El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa.* Doctorado Facultad de Derecho de la UBA. Buenos Aires, julio 2018 (inédita). Especialmente capítulo III, punto 6. Mal desarrollo, ciudad global y extractivismo urbano.

modelo de desarrollo argentino, los modelos que el capitalismo ha adoptado en nuestro país y que están conduciendo a lo que los autores denominan "maldesarrollo" presentando en común una matriz extractiva, "a la vez que alimentan una dinámica de despojo o desposesión de bienes naturales, de territorios y, por ende, de derechos individuales y colectivos". Así, en la megaminería, el fracking, el modelo sojero, y el "extractivismo urbano" se pone de manifiesto el rol protagónico que las corporaciones económicas y los grandes propietarios cumplen en la definición de lo que es legítimo e ilegítimo, de lo que es posible realizar y lo que no lo es, de lo justo y de lo injusto en lo que concierne a proyectos urbanos, actividades económicas, estilos de vida e identidades colectivas.

**Extractivismo**

El extractivismo[130] es una potente categoría que signa los debates sobre la realidad latinoamericana producidos al calor de conflictos socioambientales emergentes con la profundización de la matriz extractiva de la economía de la región. "Designa el proceso de sobreexplotación de recursos o bienes naturales no renovables o agotables y la expansión de las fronteras de producción hacia territorios antes considerados improductivos".[131] La sobreexplotación y la expor-

130. Ver Eduardo Gudynas, "Los derechos de la Naturaleza en serio", en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (eds.), *La Naturaleza con derechos. De la filosofía a la práctica*. Quito, Abya-Yala, 2011, pp. 239-289; "Más allá del nuevo extractivismo: transiciones sostenibles y alternativas al desarrollo", en F. Wanderley, *El desarrollo en cuestión. Reflexiones desde América Latina.* La Paz, Oxfam y CIDES-UMSA, 2011, pp. 379-410; "Tensiones, contradicciones y oportunidades de la dimensión ambiental del Vivir Bien", en Ivonne Farah y Luciano Vasapollo (coords.), *Vivir Bien: ¿Paradigma no Capitalista?* La Paz, Editorial Plural, Oxfam y CIDES-UMSA, Sapienza Università di Roma, 2011; "Desarrollo, extractivismo y buen vivir. Debates sobre el desarrollo y sus alternativas en América Latina: Una breve guía heterodoxa", en Grupo Permanente de Trabajo sobre Alternativas al Desarrollo, *Más allá del desarrollo*. Quito, Fundación Rosa Luxemburgo, 2012 [edición argentina: Buenos Aires, América Libre-Fundación Rosa Luxemburgo, 2012]; Maristella Svampa y Enrique Viale, *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo.* Buenos Aires, Ed. Katz, septiembre 2014. 425 pp. Disponible on line en: http://enriqueviale.blogspot.com.ar/2017/05/pdf-libro-maldesarrollo-la-argentina.html?m=1; Alberto Acosta, *Bitácora Constituyente ¡Todo para la Patria, nada para nosotros!* Quito, Ediciones Abya-Yala, 2008, y mis apuntes de su exposición en el "Primer Seminario sobre Extractivismo Urbano", organizado por la Fundación Rosa Luxemburgo y el Centro de Estudios y Acción por la Igualdad (CEAPI). Buenos Aires, 29 y 30 de junio de 2016; Roberto Ryder López, "Choque de modelos: Buen Vivir o extractivismo", en *El Orden Mundial en el siglo XXI*, 28 de noviembre de 2017. Disponible en https://elordenmundial.com/2017/11/28/choque-de-modelos-buen-vivir-o-extractivismo/ (consultado el 1 de abril de 2018).

131. "A mayor extractivismo, menor democracia". Reportaje de Valeria Garay a Maristella Svampa, 19 de septiembre de 2015. Disponible en http://www.agenciacta.org/spip.php?article17253. Consultado el 17 de octubre de 2017. "Nuestros países latinoamericanos han sido históricamente productores de naturaleza, pero en los últimos 15 años y a raíz del

tación de materias primas a gran escala son sus rasgos fundamentales.

Para analizar la evolución del Derecho ambiental y los intereses y valores en pugna en la legislación y la jurisprudencia es preciso dejar de lado miradas ingenuas y enmarcar los análisis en esta perspectiva.

## III. Derechos de usuarios/as y consumidores/as

### *III.1. En la Constitución Nacional*

La Reforma Constitucional de 1994 introduce estos derechos en el artículo 42:

> Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una informaci*ón adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.*
> Las autoridades proveer*á*n a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios p*ú*blicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.
> La legislación establecer*á* procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios p*ú*blicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Igual que ocurre con el derecho al ambiente o la defensa frente a cualquier forma de discriminación, los derechos de usuarios/as y consumidores no son solo considerados derechos subjetivos individuales sino también como derechos de incidencia colectiva –en este caso específicamente se trata de derechos individuales homogéneos–, dando lugar no solo así defensa a través del amparo ordinario sino también abriendo la posibilidad de su defensa mediante un proceso

---

aumento del precio de los commodities, la mayor parte de los países, amparándose en el lenguaje de las ventajas comparativas, aceptaron de manera pasiva esta nueva división del trabajo internacional, exportando a gran escala a través de la introducción de nuevos grandes emprendimientos: sean de minería, megarrepresas, petróleo, la expansión de la explotación hidrocarburífera en los no convencionales y el modelo de los agronegocios a gran escala en todos nuestros países".

colectivo, y ampliando la legitimación no solo al afectado/a en representación del colectivo, sino también al Defensor/a del Pueblo y las organizaciones que propenden a dichos fines (artículo 43 Constitución Nacional).

De los tratados de DDHH con rango constitucional ninguno de ellos hace mención expresa, pero el Pacto de los Derechos Económicos, sociales y culturales puede ser invocado al respecto en sus artículos 11 (derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia), 12 (disfrute del más alto nivel posible de salud), 13 (derecho de toda persona a la educación) y 15 (vida cultural y progreso científico). Asimismo pueden invocarse en sus defensa los principios de igualdad (artículo 2 del PDCP, no discriminación) y libertad (artículo 7 del PSJCR, derecho a la libertad y a la seguridad personales), entre otros. Por otro lado, el principio *pro homine* se aplica en estos casos a favor del consumidor/a, como parte débil en la relación de consumo.

### *III.2. Marco normativo*

Para la legislación argentina la "relación de consumo" es la relación entre consumidor/a y proveedor/a. Se considera consumidor/a a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado/a al consumidor/a quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario/a final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (Ley 24.240, artículo 1).

Es proveedor/a "la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios" (Ley 24.240, artículo 2).

La Ley de Defensa del Consumo excluye expresamente los servicios de profesionales liberales que se rigen por sus Códigos de ética y tiene sus específicos colegios que llevan la matrícula, pero sí incluye la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

Las leyes fundamentales en materia de defensa de derechos de usuarios y consumidores son la Ley de Defensa del Consumo (Ley 24.240), la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, la Ley 22.802 de Lealtad Comercial y la Ley 26.993 de Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo. Ellas parten del principio de que el/la consumidor/a está en una posición de desventaja o debilidad en relación al proveedor, y ello máxime si se trata de contratos de adhesión.

Especialmente se regulan y detallan las obligaciones de información al consumidor/a y al usuario/a de servicios públicos domiciliarios, las reglas de prevención y precaución para la protección de su salud. Se especifican las condiciones de oferta y venta, el deber de trato digno, la responsabilidad por cosas deficientes, las garantías ante vicios de las cosas, las obligaciones de los servicios técnicos, la seguridad de las instalaciones, la responsabilidad de atención personalizada y registro de reclamos de las empresas, los derechos ante la interrupción de un servicio, las obligaciones y responsabilidades en caso de venta domiciliaria, telefónica o por correspondencia. Hay reglas de interpretación de los contratos (artículo 37 Ley 24.240); donde hay clausuras ineficaces por abusivas se establece un régimen especial de daños y perjuicios (arts. 40 y 40 bis de la Ley 24.240).

La Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Economía y Producción, es la autoridad nacional de aplicación de la Ley de Defensa al Consumo, sin perjuicio de que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actúan como autoridades locales de aplicación (artículo 41 Ley de Defensa al Consumo). Se regula un procedimiento administrativo que prevé sanciones y acuerdos conciliatorios (capítulo XII Ley 24.240) y también se regula un procedimiento judicial (capítulo XIII Ley 24.240).

Están legitimados el/la consumidor/a o usuario/a por su propio derecho, las asociaciones de usuarios/as o consumidores/as registradas (artículo 56 Ley 24.240), la autoridad de aplicación nacional o local, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal (dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley), según el artículo 52 de la Ley 24.240.

Se regulan los requisitos, misiones y funciones de las asociaciones de usuarios/as y consumidores/as (Capítulo XIV).

Se prevé un procedimiento de arbitraje (Capítulo XV) y se legisla sobre Educación al consumidor/a (Capítulo XVI).

Por su parte la Ley 26.991 legisla una Nueva Regulación de las Relaciones de Producci**ó**n y Consumo, aplicándose a la

> compraventa, permuta y locación de cosas muebles, obras y servicios –sus materias primas directas o indirectas y sus insumos– lo mismo que a las prestaciones –cualquiera fuere su naturaleza, contrato o relación jurídica que las hubiere originado, de carácter gratuito u oneroso, habitual u ocasional– que se destinen a la producción, construcción, procesamiento, comercialización, sanidad, alimentación, vestimenta, higiene, vivienda, deporte, cultura, transporte y logística, esparcimiento, así como cualquier otro bien mueble o servicio que satisfaga –directamente

o indirectamente– necesidades básicas o esenciales orientadas al bienestar general de la población.

Se exceptúa la actividad de las micro, pequeñas o medianas empresas (MIPyMEs).

La Ley 26.992 crea el Observatorio de Precios y Disponibilidad de Insumos, Bienes y Servicios, y la Ley 26.993 de Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo crea un Servicio de conciliación previa en las relaciones de consumo (COPREC) con un procedimiento gratuito para el/la consumidor/a y un Registro Nacional de Conciliadores en las Relaciones de Consumo. También crea auditorías en las Relaciones de Consumo, cuya designación es por concurso público, y la Justicia Nacional en las relaciones de Consumo, estableciendo las normas procesales, y la gratuidad para el/la consumidor/a.

### *III.3. La Jurisprudencia en defensa de usuarios/as y consumidores*

- El fallo de la CSJN en la causa Kersich –aunque no es una causa de usuarios/as y consumidores/as– consagra el *derecho al agua como un derecho humano básico*, que puede ser invocado en también en estos casos.
- En el fallo CEPIS sobre las tarifas de gas la CSJN, por unanimidad, resolvió que para la fijación de tarifas de gas, *la audiencia pública previa es de cumplimiento obligatorio*. La decisión se circunscribe al colectivo de los usuarios residenciales, respecto de los cuales las tarifas deben retrotraerse a los valores vigentes previos al aumento dispuesto por las resoluciones que se invalidan. El Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) promovió una acción de amparo colectivo contra el Ministerio de Energía y Minería de la Nación (MINEM) con el objeto de que se garantizara el derecho constitucional a la participación de los/as usuarios/as, y que en forma cautelar se suspendiese la aplicación del nuevo "cuadro tarifario" previsto por la Resolución MINEM 28/2016, hasta tanto se diera efectiva participación a la ciudadanía. Se plantea que la clase afectada estaría conformada por "todo aquel usuario del servicio de gas, quien no contó con la posibilidad de que sus intereses sean representados con carácter previo al aumento tarifario".

El juez de Primera Instancia había dispuesto dar publicidad a la iniciación del amparo colectivo en el Centro de Información Judicial y proceder a la inscripción del proceso en el Registro Público de Procesos Colectivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Luego rechazó la acción interpuesta.

La Sala II de la Cámara Federal de La Plata dispuso, en primer lugar, acumular todas las acciones colectivas que correspondiesen, conforme lo dispuesto en las

Acordadas 32/2014 y 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En cuanto al fondo de la cuestión, declaró la nulidad de las resoluciones ministeriales cuestionadas y retrotrajo la situación tarifaria a la existente con anterioridad al dictado de las normas privadas de validez con efectos generales para todos los usuarios y para todo el país.

La Corte consideró que el caso debía ser analizado por estar en juego la interpretación de la Constitución Nacional, y existir trascendencia institucional al comprometerse principios básicos del debido proceso constitucional en la tutela de los derechos de los/as usuarios/as y del Estado Nacional. En ese contexto, la CSJN resolvió que la audiencia pública previa es un requisito esencial para la adopción de decisiones en materia de tarifas con fundamento en el artículo 42 de la Constitución que prevé la participación de los/as usuarios/as en los servicios públicos, la democracia republicana, el derecho a la información y la Ley 24.076 aplicable al caso: la información, debate y decisión fundada son partes del proceso de la decisión que se adopta en el momento. Por esta razón no es válido fundarse en una audiencia del año 2005 para una decisión que se adopta en el año 2016, ni una medida transitoria hasta tanto se celebre una audiencia.

Según la Corte la audiencia siempre se debe hacer para el transporte y distribución de gas, porque son fijados monopólicamente (Ley 24.076 y cc), diferente del caso de precio de ingreso al sistema de transporte del gas (PIST), donde hay una evolución en el tema: Las Leyes 17.319 y 24.076, y sus reglamentaciones, establecieron que la producción y comercialización de gas es efectivamente una actividad económicamente desregulada y no fue calificada como servicio público. Desde la sanción de la Ley de Emergencia 25.561 en enero de 2002, el precio del gas pasó de un contexto de libre negociación de las partes a uno de intervención estatal, mientras que su importación, la ampliación de las redes de transporte y distribución y las tarifas que remuneraban dichos servicios fueron financiados, fundamentalmente, con recursos provenientes de cargos tarifarios, programas especiales de crédito, aportes específicos de determinados sujetos del sector y subsidios del Estado Nacional. Específicamente a partir del Decreto 181/2004, el Poder Ejecutivo intervino en su fijación, dejando de lado al mercado.

En consecuencia, es razonable que, hasta el momento en que efectivamente el precio del gas en el PIST se determine sobre la base de la libre interacción de la oferta y la demanda, su análisis se efectúe junto con la revisión de tarifas para la cual es necesaria, como ya se dijo, la celebración de una audiencia pública.

Es decir, según la Corte, en la situación actual el Estado intervino fuertemente en la fijación del PIST y por lo tanto debe someterlo a una audiencia pública porque es una decisión que, claramente, escapa al mercado. A partir de la fijación según reglas de oferta y demanda, no será necesaria la audiencia, porque se aplica la Ley 24.078.

La propia conducta del Estado actúa como una condición suspensiva de la aplicación de la norma originaria.

En el artículo 42 de la Constitución se han reconocido las hondas desigualdades inmanentes al mercado y al consumo, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Por ello hay una protección enfocada en la calidad de bienes y servicios, preservación de la salud y seguridad; información adecuada y veraz; libertad de elección; y condiciones de trato equitativo y digno y también derechos de participación, como el derecho reconocido en cabeza de los/as usuarios/as, con particular referencia al control en materia de servicios públicos.

Según la Corte corresponde al Poder Ejecutivo la fijación de tarifas (Precedentes de la CS. Fallos 184:306, 322:3008 y "Establecimiento Liniers S.A.", fallada el 11 de junio de 2013) y la implementación de la política energética. Al Poder Legislativo le corresponde la determinación del marco regulatorio general de la materia y las facultades tributarias, y por su parte, el Poder Judicial debe controlar si las tarifas se ajustan a la Constitución y la ley y su razonabilidad. No debe sustituir al Congreso, ni definir la política energética. No puede fijar porcentajes de tarifas, ni dictar sentencias con efectos generales sin determinar previamente una categoría de afectados que sea homogénea (precedente Halabi).

En este sentido, la Cámara dictó una sentencia con efectos generales para todo tipo de usuarios/as y para todo el país. No se los citó previamente, y no se hacen distinciones según sean residenciales, comerciales, industriales, o según diferentes tipos de ingresos económicos, o regiones.

Por el contrario, la Corte Suprema ha definido el proceso colectivo en diversos precedentes (por ejemplo Halabi) y ha dicho claramente que deben existir intereses individuales homogéneos. Es decir, debe haber una causa común (en el caso la falta de audiencia), pero no hay homogeneidad.

En el caso, el único grupo homogéneo que reúne los elementos definidos en "Halabi" es el de los usuarios residenciales (conforme decreto 225/92 –Anexo "B", Subanexo II–, Decreto 181/2004 y resolución ENARGAS 409/2008). Se trata de los/as ciudadanos/as a quienes les resulta difícil hacer una demanda por sí mismos y por eso se afecta el acceso a justicia y pueden ser representados/as en una sentencia colectiva. Por ello, la sentencia de la Corte únicamente tiene efectos respecto de ese colectivo.

Las decisiones tomadas por el Poder Ejecutivo Nacional en relación a la tarifa social y a la protección de los sectores más vulnerables se mantienen.

En materia de servicios públicos la CSJN ha establecido los principios de *no confiscatoriedad, proporcionalidad, certeza, previsibilidad, gradualidad y razonabilidad*.

## IV. Reflexiones finales[132]

La reforma constitucional de 1994 no altera sustancialmente la lógica elitista del modelo conservador/liberal de la Constitución de 1853. Se mantiene una escasa, casi nula, participación ciudadana en la dinámica de toma de decisiones. Las reformas en su parte orgánica no son demasiado exitosas en orden a modificar la falta de equilibrio entre los poderes ni a atenuar el "hiperpresidencialismo".

No hay obligación de participación ciudadana en la elaboración de las leyes ni de las políticas públicas. Los mecanismos de participación semidirecta consagrados han sido defectuosos, insuficientes, ineficaces y algunos han caído en desuetudo.

Continúa vigente una democracia representativa en el sentido más tradicional, con un sistema centralista hiperpresidencialista. El rol de la ciudadanía está resignado institucionalmente a su interacción en la última instancia ante el Poder Judicial o los organismos internacionales de Derechos Humanos.

Sin embargo, en medio de ese panorama desolador hay que reconocer que se abren algunas brechas con la reforma de 1994. Se abre la puerta a la participación ciudadana, tal vez impensadamente más allá de lo que los/as constituyentes imaginaron, a través de la incorporación de los tratados de derechos humanos y sus mecanismos de protección, la institucionalización del amparo, el reconocimiento de los intereses colectivos, en combinación con el reconocimiento de los principios ambientales[133] y el novedoso juego de las leyes de presupuestos mínimos y el reconocimiento de los derechos de usuarios/as y consumidores/as.

Así, la incorporación de los *tratados en materia de Derechos Humanos* vale en sí misma por su catálogo ampliado de derechos pero mucho más por el volumen que adquiere en el transcurso del tiempo la autoridad que irán cobrando los organismos encargados de su aplicación, sus opiniones, recomendaciones y sentencias, y fundamentalmente por el rol de la ciudadanía en la apropiación de esos derechos y en el uso de los instrumentos internacionales ejerciendo incidencia sobre los Estados y obligando a modificar políticas públicas y leyes, en muchos casos.

Si bien no existe instrumento internacional de aplicación global o regional que defina los derechos y obligaciones de los países en temas ambientales, salvo

132. Están tomadas en gran medida de las reflexiones sobre este aspecto de mi tesis doctoral: María José Lubertino Beltrán, *El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa.* Doctorado Facultad de Derecho de la UBA. Buenos Aires, julio 2018 (inédita). Especialmente capítulo IV, punto 4, Conclusiones sobre el Derecho al ambiente y la participación ciudadana en su defensa en el sistema federal.
133. Ver *in extenso* en mi tesis doctoral, especialmente en el capítulo VI, "Los Principios del Estado Ambiental de Derecho en la Argentina y el Control de Ambientalidad".

en temas específicos, de las obligaciones en materia de Derechos humanos, de las obligaciones en materia de patrimonio, de los compromisos internacionales asumidos por los Estados en documentos, de las resoluciones y declaraciones de los organismos internacionales y de los consensos globales de la sociedad civil surgen determinados principios.

Los principios reconocidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos de la ONU y del Sistema Interamericano y los documentos de estas organizaciones, las decisiones y recomendaciones de los órganos encargados de su seguimiento (incluidos los de los sistemas europeo y africano cuando interpretan los tratados del sistema universal), además de ser vinculantes en el caso de haberlos suscrito, son siempre pauta interpretativa en materia ambiental aun para los que no se han firmado o ratificado. Argentina ha ratificado hasta la fecha todos los abiertos a ratificación.[134]

Los *principios de derecho ambiental* de prevención, precaución, responsabilidad, equidad intergeneracional, sustentabilidad, y especialmente los de progresividad y no regresión, derecho a la información/participación y armonía con la Naturaleza encuentran fundamento y desarrollo en el Derecho Internacional Público aplicable, especialmente en los tratados de derechos humanos y en las normas e interpretaciones de sus órganos de aplicación, así como también en los instrumentos regionales e internacionales de "softlaw" donde la incidencia de la sociedad civil ambientalista es creciente.[135] Varios de estos principios están también reconocidos en el artículo 41 de la Constitución Nacional sobre derecho al ambiente y son receptados ampliamente de la Ley General del Ambiente (Ley 25.675).

Por otra parte, la consagración del *amparo* en el artículo 43 CN, recogiendo la jurisprudencia preexistente, dota de jerarquía constitucional a la herramienta de defensa ciudadana por antonomasia frente a las restricciones y lesiones arbitrarias

134. Hasta el 13 de agosto de 2018. El importantísimo y nuevo Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018, se abrió a la firma de los 33 países de América Latina y el Caribe el 27 de septiembre de 2018 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Tiene por objetivo garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

135. Las clasificaciones o denominaciones pueden diferir. También encontramos los Principios de soberanía, cooperación internacional y/o subsidiaridad/descentralización y solidaridad, referidos a las relaciones entre los Estados o a las diferentes responsabilidades de diversos niveles del Estado. Ver: Max Valverde Soto, "Principios Generales del Derecho Internacional del Medio Ambiente", 1996, en http://www.oas.org/dsd/Tool-kit/Documentosspa/ModuloII/Soto%20Article.pdf.

a los derechos humanos. Esta es la "llave" o palanca que "permite entrar en la conversación", aunque sea a través del Poder Judicial, donde se pueden exponer razones y argumentos, aunque no siempre a la postre se atiendan los reclamos.

Además, la "revolucionaria" *incorporación de los derechos de incidencia colectiva* (artículo 43 CN), con la expresa mención de los derechos que protegen el ambiente, los derechos de usuarios/as y consumidores y la no discriminación, implica un cambio copernicano en el rol de la ciudadanía, dándole un reconocimiento a su lucha en la defensa de los bienes comunes, dotando de una legitimación activa ampliada al amparo colectivo –aun cuando la jurisprudencia se encargó de hacerla más restringida.

Asimismo, específicamente en relación al derecho al ambiente la mejor defensa está en su expresa inclusión rodeado de *principios* y en el juego de *estándares básicos* que garantizarán con fuerza constitucional las *leyes de presupuestos mínimos* según el nuevo e innovador artículo 41 CN, que vía "federalismo de concertación" hace que las provincias puedan mejorar, pero nunca empeorar, esos niveles básicos de tutela.

Es llamativo, sin embargo, que habiendo tantas herramientas disponibles no se utilicen todas más frecuentemente. No es habitual que los/as abogados/as utilicen en sus litigios en defensa del ambiente las herramientas disponibles de Derecho Internacional Público y la Justicia rara vez aplica los principios ambientales y estándares del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos, ni aun hoy que está constitucionalizado, y menos aún efectúa el "control de convencionalidad" que la Corte IDH pretende.[136]

En la Justicia pocas veces hay activismo judicial en materia ambiental, aunque el activo grupo de jueces/zas ambientalistas activistas de todo el país se mueve y está haciendo docencia.[137]

Sociedad civil, Estados y organismos internacionales debemos impulsar nuevas normas internacionales, interpretaciones, nuevas leyes adoptando los estándares internacionales y la activa aplicación de los mismas que nos haga pasar indudablemente a un nuevo paradigma ambiental ecocéntrico y establecer un Estado Ambiental de Derecho local, nacional, regional y global.

En este punto sería importante jerarquizar con rango constitucional el Protocolo del Pacto de DESC y el Protocolo de San Salvador que menciona específicamente derecho al ambiente. Ello contribuiría a reforzar la operatividad de los

136. Neófito López Ramos, "Resúmenes de sentencia ambiental pronunciadas por órganos judiciales de países de América Latina", PNUMA, serie de documentos sobre derecho ambiental 11, 2003.

137. Ver entre otras actividades los Congresos de Derecho Ambiental que organiza anualmente la Fundación Expoterra y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde los jueces/as ambientalistas son grandes protagonistas.

derechos económicos, sociales y culturales y los derechos de tercera generación, aunque obviamente ambos tratados integran el bloque federal teniendo preeminencia sobre nuestras normas locales, incluso nuestra Constitución de la Ciudad.

También y más allá de la creatividad pretoriana es necesario *regular legalmente los procesos colectivos*, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene señalando –aunque no restrictivamente como ahora se popone–. Seguramente son las resistencias de los poderes políticos a la "avalancha de juicios", lo cual implicaría un avance del poder popular frente a los atropellos. Sin embargo, las investigaciones existentes revelan que no hay tal "avalancha"[138] sino que, por el contrario, solo llegan casos excepcionales.

El sistema de la judicialización de los conflictos no reemplaza la participación ciudadana en la planificación de las políticas ambientales o de servicios públicos o en la elaboración de las leyes o en su control. La vía judicial está pensada como un mecanismo excepcional, como último recurso cuando los otros fallaron.

## Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2002 y 2004.

Asociación Vecinos de La Boca: "La Corte ordenó recomponer el Riachuelo", Buenos Aires, AVLB, 2012. Disponible en: https://issuu.com/fundacion.farn/docs/riachuelo (consultado el 25 de marzo de 2018).

Benjamin, Herman (Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin): *Ten Years After Rio 92: Sustainable Development and Law*. San Pablo, IMESP, 2002.

Bidart Campos, Germán J.: *Manual Elemental de la Constitución Reformada.* Tomo I. Buenos Aires, EDIAR, 1998.

— "Patrimonio histórico-cultural, acción de amparo, intereses difusos, legitimación procesal", en ED 161-577.

— *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo I*. Buenos Aires, Ed. Ediar, 2000.

— *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo III. Derecho Internacional de los derechos Humanos y la Reforma de la Constitución de 1994*. Buenos Aires, EDIAR, 1995.

— *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo VI. La Reforma Constitucional de 1994.* Buenos Aires, EDIAR, 1995 y 1997.

138. Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jursiprudencial y Comparado*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

Boff, Leonardo: *Do iceberg ao Arca de Noé. O nascimento de uma ética planetária.* Petrópolis, Garamond, 2002.

— *La Tierra está en nuestra manos.* Sal Terrae, 2016.

Bujosa Vadell, Lorenzo: *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona, JM Bosch Editor, 1995.

Cafferatta, Néstor: *Introducción al Derecho Ambiental*. México, Instituto Nacional de Ecología, 2004.

— "Los principios y reglas del derecho ambiental", PNUMA. VI Programa Regional. en http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferatta%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf.

— "Principios de Derecho Ambiental", en http://desa1.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3119/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consultado el 24 de agosto de 2017.

— (dir.): *Summa Ambiental. Doctrina-Legislación-Jurisprudencia*. 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011. Tomos I a IV.

Cafferatta, Néstor (dir.) y Terzi, Silvana (coord.), *Derecho Ambiental. Dimensión Social.* Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014.

CEPAL: *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.* Santiago de Chile, Naciones Unidas, 22 de febrero de 2018. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43301/S1701021_es.pdf?sequence=4&isAllowed=y (Consultado el 10 de marzo de 2018).

Corte Suprema de Justicia de la Nación: Oficina de Justicia Ambiental. Ambiente y Justicia. *Fallos relevantes de los Superiores Tribunales y Supremas Cortes de Justicia de las Provincias Argentinas.* Volumen 1. Buenos Aires, Junta Federal de Cortes - OJA - PNUD/ Ed. Lajouane, 2015.

— Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Derecho Ambiental*, 1ª ed., Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2012. Disponible también en: http://old.csjn.gov.ar/data/sda.pdf (consultado el 17 de abril de 2018).

Esain, José Alberto: "Breve reseña de la jurisprudencia histórica en el derecho ambiental argentino", en web de la FARN. Disponible en: Breve reseña de la jurisprudencia histórica en el derecho ambiental argentino BAM21 (consultado por última vez el 27 de marzo de 2018).

— "El concepto de medio ambiente", en ÂmbitoJurídico.com.br. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11355 (consultado el 27 de marzo de 2018).

FARN (Fundación Ambiente y Recursos Naturales): *Clínica jurídica en derecho ambiental*. María Eugenia Di Paola (ed.) y otros; edición literaria a cargo de Débora Bialostozky y Andrés Nápoli, 1ª ed., Buenos Aires, FARN, 2007.

— *El Ambiente en la Justicia.* Kohen, Beatriz (ed.) y otros/as. Valentín Alsina (Prov. Buenos Aires), FARN, 2002.

— *El control ciudadano del derecho a un medio ambiente sano en la Ciudad de Buenos Aires y su área metropolitana. Aspectos ambientales y jurídico-institucionales.* Beatriz Kohen (coord.), Programa Control Ciudadano del Medio Ambiente. Buenos Aires, FARN, 2001.

Federovisky, Sergio: *El medio ambiente no le importa a nadie*. Buenos Aires, Planeta, 2007.

Francisco (Santo Padre): "Carta Encíclica *Laudato Si'* del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común", Ed. Verbo Divino, 2015.

Galdós, Jorge Mario: "La Causa 'Halabi' de la Corte Suprema. Disponible en: http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/RJC/article/viewFile/1346/1531 (consultado el 8 de abril de 2018).

Galdós, Jorge Mario y Valiente, Ezequiel: "Los derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (La irrelevancia de la supresión del Anteproyecto)", en *Revista de Derecho de Daños. Acciones colectivas de daños*, 2015.

Garrett Hardin, James: "The Tragedy of the Commons", en *Science*, Vol. 162, No. 3859 (December 13, 1968), pp. 1243-1248. Disponible en castellano en: http://www.eumed.net/cursecon/textos/hardin-tragedia.htm (consultado el 28 de febrero de 2018).

Ghersi, Carlos A.: "La Ley de Defensa del Consumidor. Las prestaciones de salud". 31 de mayo de 2017. Disponible en: https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/05/31/la-ley-de-defensa-del-consumidor-las-prestaciones-de-salud-ghersi-carlos-a/

Ghersi, Carlos A. y Weingarten, Celia (dirs.), *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*. Buenos Aires, Ed. La Ley, 2015.

Hourtart, François: "Proyecto declaración Universal del Bien Común de la Humanidad", 2012. Disponible en: http://www.ecoportal.net/Temas-Especiales/Desarrollo-Sustentable/Proyecto_Declaracion_Universal_del_Bien_Comun_de_la_Humanidad

Kemelmajer de Carlucci, Aída: "Ambiente y Derechos Humanos en la Jurisprudencia de los Tribunales Regionales de Derechos Humanos". Power point, agosto 2015 (para Carrera de Especialización en Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, UBA).

López Alfonsín, Marcelo: "El derecho a un ambiente sano", en *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho*, Nº213, junio 2017, pp. 63-95.

— *Derecho Ambiental.* 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2012.

López Ramos, Neófito: "Resúmenes de sentencias ambientales pronunciadas por órganos judiciales de países de América Latina", PNUMA, serie de documentos sobre derecho ambiental 11, 2003.

Lubertino Beltrán, María José: *Asignaturas pendientes del GCBA en Cuenca Matanza Riachuelo al cumplirse 4 años del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012.

— "El Derecho al Ambiente: un desafío para en la Ciudad. Desafíos para la Justicia de la Ciudad". Ponencia para las Jornadas "Desafíos actuales de la Justicia porteña: Autonomía e igualdad". 29 al 31 de mayo de 2017 en Facultad de Derecho, UBA, organizadas por la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en: http://www.adaciudad.org.ar/ponencias-jornada-desafios/.

— "Los Principios Ambientales en el Derecho Internacional de América Latina". Ponencia para el V Congreso Argentino de Derecho Ambiental. 1 y 2 de diciembre de 2016 (Premiada), en Cafferatta, Néstor A. (dir.), *Revista de Derecho Ambiental*, Nº49. Enero/Marzo 2017, pp. 77 a 91.

— "Los Principios del Estado Ambiental de Derecho en la Argentina. Propuestas para garantizar su eficacia". Ponencia para el Concurso del VI Congreso de Derecho Ambiental- Facultad de Derecho- Universidad de Buenos Aires/ Fundación Expoterra. 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2017, en Cafferatta, Néstor A. (dir.), *Revista de Derecho Ambiental*, Nº53. Enero/Marzo 2018, pp. 49-62.

— "Supremacía constitucional y Federalismo Ambiental. Orden de prelación de las normas ambientales", Buenos Aires, 2016 (para Doctorado UBA, inédito).

Lubertino, María José (coord.): Sesión Especial Buenos Aires en el Día Internacional del Ambiente. Buenos Aires, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 4 de junio de 2012.

Maurino, Gustavo, Nino, Ezequiel y Sigal, Martín: *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jursiprudencial y Comparado*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

Menéndez, Augusto Juan: *La Constitución Nacional y el Medio Ambiente (El art. 41 de la CN)*. Prólogo de Edgardo Díaz Araujo. Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

Merlinsky, Gabriela (comp.): *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina.* Buenos Aires, Fundación CICCUS, 2013.

— *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina 2.* Buenos Aires, Ediciones CICCUS-CLACSO, 2016.

Morello, Augusto M.: *La Tutela de los Intereses Difusos en el derecho argentino*. Editorial Platense, 1999.

Mosset Iturraspe, Jorge: *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1998.

Naciones Unidas: Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. "Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos", 19º período de sesiones, 16 de diciembre de 2011.

Nonna, Silvia: "Panorama general e introductorio sobre Derecho Ambiental en Argentina"; "Introducción al Derecho Ambiental en Argentina". Buenos Aires, Derecho Abierto UBATIC, 2013. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=HIkYfEiRJts.

— "Panorama general e introductorio sobre Derecho Ambiental en Argentina"; "Evolución del derecho ambiental en el marco del Desarrollo Sostenible". Buenos Aires, Derecho Abierto UBATIC, 2013. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?list=PLUloWyggRWowMwy7hg5860_KdaXUFRRTG&v=F8hRp_0XDhM.

— "Panorama general e introductorio sobre Derecho Ambiental en Argentina". "Constitución y Ambiente". Buenos Aires, Derecho Abierto UBATIC, 2013. Disponible en: http://www.youtube.com/watch?v=qfevqrBT22Q.

— "Panorama general e introductorio sobre Derecho Ambiental en Argentina"; "Normas de presupuestos mínimos". Buenos Aires, Derecho Abierto UBATIC, 2013.

— Presentación Power Point de la clase "Derecho ambiental, su evolución en la República Argentina", en Portal Web UBA Derecho. Derecho Abierto. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/derecho-abierto-clase-derecho-ambiental-S01.php.

Orellana, Marcos A.: "Derechos Humanos y Ambiente: Desafíos para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". American University. Noviembre 2007. Disponible en: http://www.ciel.org/Publications/Morellana_DDHH_Nov07.pdf (consultado el 8 de marzo de 2018).

Perón, Juan Domingo: "Mensaje Ambiental a los Pueblos y Gobiernos del Mundo". Madrid, 21 de febrero de 1972. Disponible en: http://forodeinnovacion.blogspot.com/2007/01/juan-domingo-peron.html (consultado el 5 de abril de 2017).

— "Discurso ante la Asamblea Legislativa del 1º de Mayo de 1974". Disponible en: http://www.pjbonaerense.org.ar/peronismo/discursos_peron/1_5_74.html. (consultado en 5 de abril de 2017).

Pizzolo, Calogero: *Constitució*n Nacional. Comentada, concordada y anotada con los tratados internacionales con jerarquí*a constitucional y la*

*jurisprudencia de los órganos de control internacional*. Mendoza, Ediciones de Cuyo, junio 2004.

Sabsay, Daniel A.: "Constitución y Ambiente en el marco del desarrollo sustentable". Capítulo actualizado en junio de 2003 del libro Walsh, J. R.; Di Paola, M. E.; González Acosta, G.; López, H.; Rovere, M. B.; Ryan, D. E.; Sabsay, D. A., *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad.* La Ley, septiembre 2000, pp. 67-82. Disponible en: http://farn.org.ar/wp-content/uploads/2014/06/art12.pdf (consultado el 27 de marzo de 2018).

— "Constitución y Ambiente", en Blejmar, Bernardo (comp.), *Liderazgo y desarrollo Sutentable*. Buenos Aires, Editorial Manantial, 2002.

Sousa Santos, Boaventura de: *De las dualidades a las ecologías*. La Paz, REMTE-Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía. Disponible en: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/cuaderno%2018.pdf.

Svampa, Maristella y Viale, Enrique: *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo.* Buenos Aires, Ed. Katz, septiembre 2014. 425 pp. Disponible on line en: http://enriqueviale.blogspot.com.ar/2017/05/pdf-libro-maldesarrollo-la-argentina.html?m=1. (consultado por última vez el 3 de abril de 2018).

Valls, Mario F.: *Presupuestos mínimos ambientales. Ley general 25.675 comentada, anotada y concordada. Leyes especiales comentadas*. Buenos Aires, Astrea, 2012.

*Documentos internacionales*

-Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. Aprobado en Escazú (Costa Rica), CEPAL, 4 de marzo de 2018.

-Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

-Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III). Quito, 17 a 20 de octubre de 2016. Aprobación del documento final de la Conferencia. "Nueva Agenda Urbana y Declaración de Quito sobre Ciudades y Asentamientos Humanos Sostenibles para Todos". ver en http://habitat3.org/wp-content/uploads/Draft-Outcome-Document-of-Habitat-III-S.pdf.

-Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra. Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra, de 2012. En Portal Rio+20 http://rio20.net/propuestas/declaracion-universal-de-los-derechos-de-la-madre-tierra/.

-Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 1972.

-Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992. Disponible en: http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm (consultado por última vez el 12 de marzo de 2018).
-Documento Final de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible "El futuro que queremos", Rio+20, 2012.
-Iniciativa Carta de la Tierra. Declaración "Carta de la Tierra", 2000. En http://cartadelatierra.org/descubra/la-carta-de-la-tierra/.
-Naciones Unidas. Conferencia sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III). *Nueva Agenda Urbana*. Quito (Ecuador), 20 de octubre de 2016. Refrendada por la Asamblea General el 23 de diciembre de 2016. Ver en http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Spanish.pdf.

*Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

**Sobre acción colectiva y proceso colectivo:**

-Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873-dto. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986, del 24 de febrero de 2009. Fallos 332-111. Disponible en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=662557&cache=1506353144529s (consultado el 16 de abril de 2018) y en: Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) - CPACF (consultado el 16 de marzo de 2018).

**En materia ambiental:**

-Saladeristas Santiago, José y Jerónimo Podestá y otros contra Prov. de Buenos Aires, de 14 de mayo de 1887 aún sigue teniendo vigencia. Fallos 51:274. Disponible en: http://falloscsn.blogspot.com.ar/2005/08/saladeristas-de-barracas-1887.html (consultado el 17 de abril de 2018).
-Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad -16 de mayo de 1995 - Fallos: 318:992. Disponible en: http://old.csjn.gov.ar/data/sda.pdf Pág. 5 (consultado el 29 de marzo de 2018). En el mismo sentido: CSJN, Altube c. Prov. de Buenos Aires, 2008, Fallos, 331: 1312; Fundación Reserva Natural Puerto Mar del Plata c/ Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata, 2006, Fallos, 329:4026; Prov. de Neuquén c. YPF, 2006, Fallos 329: 2212; entre otros).
-Líneas de Transmisión del Litoral SA (LITSA) c/Corrientes Provincia de s/Acción Declarativa de certeza del 23 de noviembre de 1995. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-

buenos-aires-lineas-transmision-litoral-sa-litsa-corrientes-provincia-accion-declarativa-fa95000396-1995-11-23/123456789-693-0005-9ots-eupmocsollaf y del 18 de noviembre de 1999, Fallos: 322:2862 disponible en http://rincondelfallo.blogspot.com.ar/2010/11/fallo-lineas-de-transmision-del-litoral.html (consultadas el 17 de abril de 2018).

-Almada, Hugo c/ Copetro S.A. del 27 de febrero de 2001- Fallos: 324:436- Disponible en: http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-almada-hugo-nestor-copetro-sa-otro-fa01000604-2001-02-27/123456789-406-0001-0ots-eupmocsollaf (consultado el 17 de abril de 2018).

-Municipalidad de Magdalena c/Shell Compañía de Petróleo SA del 19 de noviembre de 2002- Fallos: 325:3051. Disponible en www.eldial.com.ar suplemento de derecho ambiental.

-Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, del 11 de julio de 2002 - Fallos 325:1744. (Deforestación indiscriminada - Pérdida de espacios - Cambios climáticos) y (08/09/2003 - Fallos: 326:3051) (Daño ambiental - Amparo - Gravamen irreparable). Disponibles en: http://old.csjn.gov.ar/data/sda.pdf, pp. 44 y 57 respectivamente.

-Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional (MEI -Secretaría de Transporte-CNRT) s/acción declarativa ("tren del metanol"), del 6 de marzo de 2003 - Fallos: 326:75. En CSJN, Derecho Ambiental, 2012, p. 49.

-Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo) (Recomposición daño ambiental colectivo - Cuenca Matanza - Riachuelo - Competencia - Integración de la litis - Potestades jurisdiccionales - Ejecución de sentencia). Pronunciamientos del 20/6/2006 (Fallos: 326:2316) (Corte Suprema de Justicia de la Nación - Competencia originaria - Daño ambiental colectivo), 24/08/2006 (Fallos: 329:3445) (Terceros - Defensor del Pueblo - Ampliación de la pretensión), 30/08/2006 (Fallos: 329:3528) (Terceros - Asociaciones y fundaciones - Estatutos - Objeto de protección del medio ambiente), 06/02/2007 (Fallos: 330:22) (Potestades jurisdiccionales - Potestades instructorias - Informe - Audiencia - Medidas adoptadas), 23/02/2007 (Potestades jurisdiccionales - Potestades instructorias - Informe - Universidad de Buenos Aires), 20/03/2007 (Fallos: 330:1158) (Integración de la litis - Frente activo - Terceros - Afectados - Asociaciones - Acumulación de pretensiones), 12/06/2007 (Fallos: 330:2746) (Audiencia pública - Observaciones - Plan Integrado para el Saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo), 22/08/2007 (Fallos: 330:3663) (Proceso colectivo ambiental - Potestades ordenatorias jurisdiccionales - Información - Substanciación),

08/07/2008 (Fallos: 331:1622) (Daño ambiental colectivo - Sentencia definitiva - Plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo - Ejecución - Acumulación de causas), 23/07/2008 (Fallos: 331:1676) (Procuración General - Ministerio público fiscal - Intervención), 28/07/2009 (Fallos: 332:1600), dictado en autos Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas S.A. (Recomposición daño ambiental - Residuos cloacales - Tratamiento - Medida cautelar - Prueba - Acumulación de pretensiones), 10/11/2009 (Fallos: 332:2522) (Ejecución de sentencia - Juez Federal de Quilmes - Competencia - Fuero de atracción - Litispendencia - Régimen recursivo), 06/04/2010 (Cumplimiento de la sentencia definitiva - Intimación - Informe - Audiencia), 26/05/2010 (Cumplimiento de la sentencia definitiva - Intimación - Informe), 10/08/2010 (Cumplimiento de la sentencia definitiva - Juez Federal de Quilmes), 02/11/2010, dictado en la causa Pajares de Olivera, María y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCABA) (Relocalización de viviendas - Conflicto de competencia - Juez Federal de Quilmes), 17/02/2011, 19/04/2011 (Cumplimiento de la sentencia definitiva - Audiencia pública - Autoridad de Cuenca), 28/06/2011 (Defensor General de la Ciudad de Buenos Aires - Personas en situación de extrema vulnerabilidad - Desalojo - Juez Federal de Quilmes), 29/11/2011, dictado en la causa Acumar s/ urbanización de villas y asentamientos precarios, legajo de actuaciones ocupación de predio sito en las calles Lafuente, Portela y Castañares, Villa Soldati, CABA s/ actuaciones elevadas por el Juzgado Federal de Quilmes (Fallos: 334:1458) (Relocalización viviendas - Ocupación de predio - Conflicto de competencia - Juez Federal de Quilmes), 14/08/2012 (Cumplimiento de la sentencia definitiva - Intimación - Informe), 29/08/2012 (Transparencia - Cosa pública - Magistrado - Auditoría General de la Nación), 18/09/2012, 26/09/2012 y 2/10/2012 (Cumplimiento de sentencia definitiva - Audiencia pública - Autoridad de Cuenca - Reglamento - Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) - Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA) y Audiencias Públicas de fecha 05/09/2006 y 12/09/2006, 20/02/2007, 04/07/2007 y 05/07/2007, 28, 29 y 30 del 11/2007 (Proceso colectivo ambiental - Procedimiento - Contestación de demanda - Audiencia pública), 16/03/2011 y 19/04/2011, 11/10/2012, Disponibles en: http://old.csjn.gov.ar/data/sda.pdf ps.151 a 203 (consultados última vez el 29 de marzo de 2018) y pronunciamientos del 27 de diciembre de 2016 (Disponible en: http://www.cij.gov.ar/nota-24507-La-Corte-Suprema-orden--a-la-ACUMAR-que-intensifique-el-cumplimiento-de-la-sentencia-que-dispuso-el-saneamiento-del-Riachuelo.html consultado el 29 de marzo de 2018), 9 de noviembre de 2017 (Disponible en: https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/03/22/la-corte-ordeno-a-la-acumar-pre-

sentar-un-nuevo-informe-sobre-el-plan-de-saneamiento-del-riachuelo-por-considerarlo-insuficiente-e-inentendible-bajo-apercibimiento-de-multa-2/ - consultado el 29 de marzo de 2018) y audiencia del 14 de marzo de 2018.

-Villivar, Silvana Noemí v. Provincia del Chubut y otros (Conflicto "Oro Esquel"- 17/4/07 - Fallos 330:1791) (Minería - explotación y exploración - audiencia pública - estudio de impacto ambiental - potestades de las provincias). Disponible en: http://old.csjn.gov.ar/data/sda.pdf p. 83 y ss. (consultado el 29 de marzo de 2018).

-Werneke, Adolfo Guillermo y otros c/ Ministerio de Asuntos Agrarios Prov. de Buenos Aires s/ amparo - med. cautelar (pesca artesanal), del 14/10/2008. Disponible en: ftp://ftp.justiciachaco.gov.ar/biblioteca/DA%D1O%20AMBIENTAL/FALLO%20WERNEKE.pdf (consultado el 9 de abril de 2018).

-Salas, Dino y otros c. Salta provincia de y Estado Nacional s/amparo (originario) (Daño ambiental - Bosques - Desmontes y talas). Fallos del 19/12/2008 (Fallos: 331:2797) (Corte Suprema - Competencia originaria - Intervención del Ministerio Público), 29/12/2008 (Fallos: 331:2925) (Poder Judicial - Control de otros poderes - Medida cautelar - Convocatoria a audiencia- Diligencia preliminar), 26/03/2009 (Fallos: 332:663) Disponible en : http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-salas-dino-otros-salta-provincia-estado-nacional-amparo-fa09000029-2009-03-26/123456789-920-0009-0ots-eupmocsollaf (consultado el 8 de abril de 2018) (Medida cautelar - Daño grave - Impacto ambiental - Afectación de generaciones futuras), 30/06/2009 (Intervención en el proceso - Amicus curiae), 04/08/2009 (Aprovechamiento forestal - Impacto acumulativo - Informe - Intimación), 7/10/2009 (Medida cautelar - Incumplimiento - Aprovechamientos forestales - Impugnación), 14/09/2010 (Medida cautelar - Incumplimiento - Desmontes - Comunidad indígena - Competencia local), 13/12/2011 (Levantamiento de medida cautelar - Protección del medio ambiente - Competencia provincial). Disponibles en: http://old.csjn.gov.ar/data/sda.pdf, pp. 203-224. (consultados el 29 de marzo de 2018 por última vez).

-Defensor del Pueblo de la Nación c/ Provincia de Buenos Aires y Estado Nacional del 24/5/2010, en Fallos 330:1915.

-Asoc. Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ CONEA, 26 de Mayo de 2010. Fallos: 333: 748) (Protección daño ambiental - Medida cautelar - Principio precautorio - Acción meramente declarativa) Disponible en: http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-asociacion-multisectorial-sur-defensa-desarrollo-sustentable-comision-nacional-energia-atomica-fa10985815-2010-05-26/123456789-518-5890-1ots-eupmocsollaf (consultado el 16 de abril de 2018).

-Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ amparo. C. 1196. XLVI. Junio de 2011 (explotación de litio y borato en tierras de pueblos originarios), del 27 de diciembre de 2011, disponible en: https://warakass.blogspot.com.ar/2011/ y audiencia del 28 de marzo de 2012 y fallo del 18 de diciembre de 2012, disponible en Disponible en: http://www.ellibertario.com/2013/01/16/litio-la-corte-suprema-rechazo-la-accion-de-amparo-interpuesta-por-los-originarios/ (consultado el 18 de abril de 2018).

-Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (ley de protección de glaciares) (B. 140 XLVII, del 3 de julio de 2012. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-barrick-exploraciones-argentinas-sa-otro-estado-nacional-accion-declarativa-inconstitucionalidad-fa12000094-2012-07-03/123456789-490-0002-1ots-eupmocsollaf (consultado el 16 de abril de 2018).

-Zorrilla, Susana y otro c/ E.N. - P.E.N. s/ expropiación, del 27 de agosto de 2013 - Fallos 336:1390 (Monumento Histórico, artístico. Expropiación irregular). Disponible en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7038982&cache=1517356920001 (consultado el 17 de abril de 2018).

-Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo, del 2 de diciembre de 2014. Disponible en: http://www.cij.gov.ar/nota-14507-La-Corte-dijo-que-el-acceso-al-agua-potable-incide-directamente-sobre-la-vida-y-la-salud-de-las-personas--por-lo-que-debe-ser-tutelado-por-los-jueces.html (consultado el 16 de abril de 2018).

-Martínez, Sergio R. c/ Agua Rica LLC Sucursal Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo. 02/03/2016. 119.084 - Diario La Ley del 22/03/2016, p. 7.

-Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, provincia de y otro (represas Río Santa Cruz) del 26 de abril de 2016. Disponible en: http://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/wp-content/uploads/2016/04/document10.pdf. y del 21 de diciembre de 2016, disponible en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=735251 (consultado el 16 de abril de 2018).

-Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera Limited y otro s/ sumarísimo (principio precautorio y suspensión actividad minera) del 23 de febrero de 2016. Fallos 339:142. Disponible en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7283857&cache=1517097720001 (consultado el 16 de abril de 2018).

-Mamani, Agustín P. y otros c. Estado Provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. Fallos

318:2014, del 5 de septiembre de 2016. Disponible en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7392782&cache=1506816015000 (consultado el 17 de abril de 2018).

-Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza (Río Atuel), del 1º de diciembre de 2017. Disponible en: https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=LPcM.

-Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ YPF S.A. y otros s/daño ambiental, sentencia del 13 de julio de 2004. Disponible en: http://www.revistarap.com.ar/Derecho/regulacion_servicios_publicos/hidrocarburos/asociacion_de_superficiarios_de_la_patagoni_iwx.html (consultado el 8 de abril de 2018)

-Municipalidad de Berazategui c/Aguas Argentinas S.A., M. 2695. XXXIX; RHE, sentencia del 28/07/2009 (Fallos 332:1600). Disponible en: ftp://ftp.justiciachaco.gov.ar/biblioteca/DA%D1O%20AMBIENTAL/BERAZATEGUI.pdf (consultado el 8 de abril de 2018).

*Fallos en materia de derechos de usuarios/as y consumidores/as*

**Medicina prepaga - contrato de adhesión:**

-PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales, del 21/08/20013, P.361.XLIII.

**Discapacidad - cobertura integral de prestaciones:**

-Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo.

**Legitimación procesal - proceso colectivo - tarifas de energía eléctrica:**

-Abarca, Walter José y otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/ amparo ley 16.986.

**Proceso colectivo - derechos del consumidor - derechos individuales homogéneos:**

-Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía Industrial Argentina SA y Otros s/ ordinario. 2015.

**Defensa del consumidor - depósito previo - recurso de queja - interpretación de la ley:**

-Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su Defensa c/ Nación Seguros S.A. s/ ordinario, 2015.

**Tarifas - amparo colectivo - tarifa gas - audiencia previa:**

-Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo, 2016.
Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. - Ley 24.240 y otro s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2° CPCC), del 06/03/2014, U. 2. XLV REX.
-Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa el La Meridional Compañia Argentina de Seguros S.A. si ordinario, del 24/06/2014, C. 519. XLVIII.

*Fallos sobre usuarios y consumidores en otras instancias*

-CNCom., sala A, 21/11/2000, Artemis Construcciones S.A. c. Diyón S.A. y otro, La Ley 2001-B-839.
-CNCom., sala E, del 10/06/2005, Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor de la CABA c/ Banca Nazionale del Lavoro. La Ley 2005-C, 726-
-CNCom. sala E, 13/05/2006, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Citibank N.A.", La Ley 2006-D, 226 y La Ley 2008-B, 572.
-CNCom., sala C, del 04/10/2005, Unión de Usuarios y Consumidores c/Banco de la Provincia de Buenos Aires, La Ley Tº 2005-F, 192 y del 25/10/2012.
- CNCon.Adm.Fed., sala IV, del 22/11/2007, "Unión de Usuarios y Consumidores c. Movicom Bell South", La Ley 2008-B, 572.

*Acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia ambiental, de participación y Procesos colectivos*

-Acordada 28/2004 sobre Amigos del Tribunal, disponible en: https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=88784, y sus modificaciones por Acordadas 14/2006, del 3 de mayo de 2006, disponible en https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=88786 y 7/2013, disponible en: http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Acordada-07-13-CSJN.-Amicus-Curiae.pdf (consultadas el 17 de abril de 2018).

-Acordada 30/2007 sobre Audiencias Públicas del 5 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.cpacf.org.ar/files/acordadas/ac_csjn_3007.pdf (consultada el 17 de abril de 2018).
-Acordada 32/2014 sobre "Registro de Procesos Colectivos" del 1 de octubre de 2014. B.O., 3 de noviembre de 2014. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=D025AB9ABE77DC3B37DA1DCA98F26824?id=237649 (consultado el 16 de marzo de 2018).
-Acordada 12/2016 sobre "Reglamento de actuación en procesos colectivos" del 5 de abril de 2016. B.O., 8 de abril de 2016. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=260206 (consultada el 16 de marzo de 2018).

*Páginas web*

-ADDUC: Asociación de Defensa de los Derechos de Usuarios y Consumidores, www.adduc.org.ar.
-ADECUA: Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Argentina https://www.adecua.org.ar.
-Basta de demoler (en defensa del patrimonio): https://bastadedemoler.org/.
-DEUCO: Defensa de Usuarios y Consumidores: https://deuco.org.ar/.
-FARN (Fundación Ambiente y Recursos Naturales): https://farn.org.ar/.
-Fundación Vida Silvestre: https://www.vidasilvestre.org.ar/.
-Greenpeace Argentina: http://www.greenpeace.org/argentina/es/.
-Ministerio de Ambiente de la Nación: https://www.argentina.gob.ar/ambiente.
-PNUMA: Programa de las Naciones Unidas para el Ambiente https://www.unenvironment.org/es.
-Unión de Consumidores de Argentina: www.ucargentina.org.ar/.

# Capítulo XXI
# Derechos de la Naturaleza y otras personas no humanas

*María José Lubertino Beltrán*

## 1. La transición de la Naturaleza como objeto a sujeto

Cuando empezamos a estudiar derecho nos explican que solo las personas tienen derechos y que si no se tienen derechos no se es persona. Explican que en realidad la "persona" en su definición jurídica es una ficción que está dada por el reconocimiento de derechos, ya sea a una persona física (ser humano nacido vivo) o a una entelequia llamada "persona jurídica". La "persona", más allá de su soporte físico o colectivo, es el "centro de imputación de normas".

Los derechos humanos son exclusivos de las personas físicas, aunque algunos de ellos pueden aparecer en aspectos colectivos, como derechos de los pueblos o de grupos y colectivos que comparten alguna característica. Así encontramos derechos humanos que pueden ser simultáneamente individuales y colectivos.

Gran parte del estudio de los derechos humanos consiste en ver cómo, si bien estos han sido consagrados como universales –al menos a nivel internacional desde la segunda mitad del siglo XX–, la historia de la humanidad ha transcurrido en una permanente lucha de diferentes grupos o colectivos para que otros que detentan el poder se los reconozcan. Tan es así que aún hoy los universales derechos en los papeles no son plenamente gozados por todos/as casi en ningún país y muchos de ellos son negados a muchos/as en muchos países.

Hemos intentado mostrar en este libro y a lo largo de nuestro ejercicio docente de tantos años que, más allá del modelo de Estado, y aun existiendo lo que conocemos como Estados de Derecho modernos, las violaciones a los derechos humanos son prácticas corrientes, en mayor o menor medida. De allí la importancia de los controles que el propio Estado se impone para su prevención, restitución, reparación y no repetición. De ello dependerá, en gran medida, su calidad democrática. Pero también resaltamos la importancia de la participación ciudadana en su construcción y defensa y la necesidad de avanzar hacia modalidades de democracia participativa como mejor garantía de dicho respeto y promoción.

En ese contexto, y cuando creíamos que el derecho de los derechos humanos era el punto más elevado de los estándares para garantizar la mejor coexistencia

humana sobre la faz de la Tierra, irrumpió el derecho ambiental a llamarnos la atención sobre los desastres que los humanos llevamos a cabo en nuestro planeta y que no se agotan en el daño que nos hacemos solo entre nosotros/as sino en relación a otros seres y al conjunto del Universo donde habitamos, que ponen en riesgo creciente a las presentes y futuras generaciones.

Al hablar del derecho al ambiente, y las diferentes definiciones de este en la doctrina (amplias, restrictivas e intermedias)[1] y su evolución, vimos que antes la mayoría de las definiciones ponían énfasis en la enumeración de "recursos"[2] y hoy en la integralidad, complejidad y armonía del sistema y que hay mayor consenso en la comprensión de lo biofísico y lo sociocultural.[3]

Sin embargo conviven aún normativas que siguen regulando la Naturaleza como objeto o "recurso" "mercantilizado" (derecho de los recursos naturales) con normas que promueven su defensa, conservación y protección, intentando evitar riesgos y daños ambientales (derecho ambiental).

Existe consenso en el reconocimiento de las incidencias recíprocas entre los sistemas naturales y los sistemas sociales. La disciplina ambiental surge cuando la comunidad jurídica entiende que hay acciones disvaliosas que afectan negativamente el ambiente.

Nuestra propia Constitución Nacional habla en al artículo 41 de "utilización racional de los recursos naturales" y de "preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica", permaneciendo en el paradigma de la Naturaleza-objeto.

Así, entendemos por Estado Ambiental de Derecho el deber del Estado de sujetarse, en el ejercicio de sus funciones, a las normas y principios del derecho

1. José Capella y Hernán G. Carrillo, "Naturaleza jurídica del derecho al ambiente", en Néstor A. Cafferatta (dir.), *Summa Ambiental. Doctrina-Legislación-Jurisprudencia.* 1ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011. Tomos I, pp. 19-33. Ver también: Aníbal J. Falbo, "El ambiente es indisponible", en *op. cit*. pp. 34-43; Marta Susana Juliá, "Algunas estrategias en la construcción de un nuevo esquema jurídico ambiental", en *op. cit*., pp. 93-111; Luis O. Andorno, "Ambiente: res communis y propiedad en el ámbito de la Unión Europea, el Mercosur y el ALCA", en *op. cit*., pp. 101-112; Antonio Herman, Benjamin, "A implementação do direito ambiental no Brasil", en *op. cit*., pp. 113-143. Para ampliar ver también María José Lubertino, "El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa (1996-2017)" (tesis doctoral). Para Doctorado UBA Derecho. Buenos Aires, julio, 2018, pp. 53-60.
2. Así por ejemplo en la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente de Estocolmo de 1972, que enunciaba los elementos primordiales del ambiente como "recursos naturales" (aire, agua, tierra firme, flora y fauna) además de los "ecosistemas naturales".
3. La Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de Río 1992, da por sobreentendido el concepto y sus declaraciones proclamando principios, reglas, derechos y deberes para su protección. En la Asamblea General de la ONU, donde se aprueba la Carta Mundial de la Naturaleza, el 28 de octubre de 1982, tampoco hay una definición del ambiente, sino la enunciación de principios que deben respetarse para defender la vida en general y la humana en particular.

ambiental. "Este deber puede ser interpretado desde el texto constitucional, y tiene un rol fundamental en la posmodernidad de la ciencia jurídica, en contextos de vaguedad de los enunciados jurídicos".[4]

Al referirnos al "Estado ambiental de derecho" estamos hablando de "reconfigurar la gobernabilidad de modo que se pueda lograr armonía entre el sistema económico, social y ambiental".[5]

En la Argentina obviamente en el control de sujeción a las normas ambientales básicas se deben considerar como estándares mínimos los principios ambientales contenidos en la Constitución Nacional, los tratados, la Ley General del Ambiente (Ley 26.275) y otras normas de Presupuestos mínimos.[6]

Existen normas de explotación de recursos naturales, como el Código de Minería, la Ley de Pesca, las leyes de Caza o la legislación agraria, que conviven con otras que regulan el sistema para la protección o conservación del "recurso", pero aun cuando se hable o se tienda a un pretendido "desarrollo sustentable" no deja de verse a la Naturaleza como objeto y en general, como hemos visto, en el contexto del modelo del capitalismo extractivista la realidad se caracteriza por la sobreexplotación de esos "recursos o bienes naturales" no renovables o agotables y la expansión de las fronteras de producción hacia territorios antes considerados improductivos.[7]

4. Jorge Aranda Ortega, "El Estado de Derecho Ambiental: Concepto y Perspectivas de Desarrollo en Chile", en *Justicia Ambiental*. Universidad de Chile. Disponible en http://ssrn.com/abstract=2411763. Pág 23. (consultado por última vez el 27 de marzo de 2018).

5. Ricardo Lorenzetti, en *Clarín*, 27/9/2017. Disponible en https://www.clarin.com/opinion/catastrofes-ambientales-desafio-mayor_0_BJm-vIuiW.html (consultado el 6 de octubre de 2017).

6. A este procedimiento de control específico lo denominaremos *Control de Ambientalidad.* Ver mi tesis doctoral (inédita): María José Lubertino, *El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa (1996-2017)*, capítulo VI, punto 4.

7. Ver: Eduardo Gudynas, "Los derechos de la Naturaleza en serio", en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (eds.), *La Naturaleza con derechos. De la filosofía a la práctica*, Quito, Abya-Yala, 2011, pp. 239-284; "Más allá del nuevo extractivismo: transiciones sostenibles y alternativas al desarrollo", en Wanderley, F. *El desarrollo en cuestión. Reflexiones desde América Latina.* La Paz, Oxfam y CIDES-UMSA, 2011, pp. 379-410; "Tensiones, contradicciones y oportunidades de la dimensión ambiental del Vivir Bien", en Ivonne Farah y Luciano Vasapollo (coords.), *Vivir Bien: ¿Paradigma no Capitalista?* La Paz, Editorial Plural, Oxfam y CIDES-UMSA, Sapienza Università di Roma, 2011; "Desarrollo, extractivismo y buen vivir. Debates sobre el desarrollo y sus alternativas en América Latina: Una breve guía heterodoxa", en Grupo Permanente de Trabajo sobre Alternativas al Desarrollo, *Más allá del desarrollo*. Quito, Fundación Rosa Luxemburgo, 2012 [edición argentina: Buenos Aires, América Libre-Fundación Rosa Luxemburgo, 2012]; Maristella Svampa y Enrique Viale, *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo.* Buenos Aires, Ed. Katz, septiembre 2014; Alberto Acosta, *Bitácora Constituyente ¡Todo para la Patria, nada para nosotros!* Quito, Ediciones Abya-Yala, 2008.

Ya desde el Código Civil de Vélez Sarsfield, las plantas son inmuebles por accesión, lo que continúa siendo regulado de esa misma forma en el artículo 230 del nuevo Código Civil y Comercial. Así, la flora es objeto de los derechos reales de dominio o de superficie (viejos artículos 2128, 2328, 2329 y 2343 del Código Civil y nuevo derecho real de superficie forestal de la Ley 25.509). Tanto la histórica Ley de riqueza forestal (Ley 13.273) como la Ley de Presupuestos mínimos de Bosques (Ley 26.331), que es la ley marco en la materia, aunque formulen criterios de protección y ordenamiento no dejan de plantear su aprovechamiento con un manejo sostenible de los mismos y de sus servicios ambientales.

En relación a la fauna ocurre algo similar. Los animales eran objetos semovientes en el Código Civil de Vélez Sarsfield y siguen en la misma línea en el nuevo Código Civil y Comercial: los salvajes son "res nullius" y susceptibles de apropiación por caza y pesca (artículo 1947, inc. a. ii, 1948 y 1949 CCC) y los domésticos, que son aquellos que viven con el ser humano, y los domesticados no son susceptibles de apropiación (art. 1947, inc. b. ii y iii CCC). La Ley 13.908 de caza y protección a la fauna y decreto reglamentario número 15501/53 y posteriormente la Ley 22.421 de conservación de fauna silvestre protegen pero para garantizar su aprovechamiento "racional". Si bien hay varios convenios internacionales de protección de biodiversidad y de especies, no hay aún una ley de Presupuestos mínimos de Fauna ni listados mínimos de animales en retroceso peligro de extinción. Dentro de los tres modelos de regímenes jurídicos existentes en madera de explotación de fauna (derecho de caza sobre la "res nullius", fauna como accesorio del terreno y lateáis regalista, "caza como regalía", bajo el cumplimiento de ciertas condiciones), en Argentina la caza sigue el primer modelo y la pesca el tercero con un monopolio del Estado que es quien otorga las licencias.

La única innovación del nuevo cuerpo legal –Ley 26.994, vigente desde el 1/8/2015– que permite encontrar alguna brecha de cambio es la inserción con una visión ecologista del art. 240 en la sección titulada "Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva":

> [...] El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

A pesar de la subsistencia de una normativa decimonónica en esta materia en el nuevo Código Civil y Comercial –a contrapelo de los cambios constitucionales

que hubo en nuestra región que reconocen los Derechos de la Naturaleza y de los cambios en otras legislaciones del mundo que reconocen los derechos de los animales–, los avances del Derecho Ambiental permiten interpretaciones alternativas en muchos aspectos y vía doctrinaria, jurisprudencial y de algún proyecto de ley algunos cambios se comienzan a producir y otros se preanuncian.

## 2. Los derechos de los animales

Desde la antigüedad existieron filósofos, como Pitágoras, y corrientes teóricas que postularon el reconocimiento de los animales como sujetos. Sin embargo, el Derecho Romano consideró animales a todos los seres vivos no poseedores de derechos, incluyendo a las personas esclavizadas. De la concepción patriarcal, colonialista, jerárquica y explotadora del Derecho Romano es que deviene gran parte de los conceptos jurídicos de las codificaciones civiles que hemos heredado y que vamos lentamente deconstruyendo en los siglos XX y XXI.

En relación a los derechos de los animales, las primeras leyes conocidas de protección animal fueron las de Irlanda en el año 1635, prohibiendo esquilar lana de ganado ovino y atar arados a las colas de los caballos basándose en la crueldad usada frente al animal. Los puritanos impulsaron leyes contra la crueldad animal en Massachusetts Bay (Estados Unidos) en 1641 y en Inglaterra en 1653.

El filósofo John Locke en su obra *Some Thoughts Concerning Education* (Algunos pensamientos educativos, 1693) argumentaba que la crueldad con los animales tendría efectos negativos sobre la evolución ética de niños y que la brutalidad se transmitiría a la interacción con seres humanos, pero no consideró ningún concepto de derechos.

Las primeras sociedades de "protección animal" se crearon durante la revolución industrial y las primeras víctimas defendidas fueron las que efectuaban la llamada "tracción a sangre", es decir, caballos, asnos y mulas, cuyo maltrato era habitual y a la vista de todos.

El primer pensador reconocido por hablar de derechos de los animales fue Arthur Schopenhauer en 1839.

El filósofo Jeremy Bentham postuló que los animales por su capacidad de sentir agonía y sufrimiento, aunque no tengan la capacidad de diferenciar entre "bien" y "mal", deben tener unos derechos fundamentales como el derecho a la vida y a su seguridad, y a estar libres de la tortura y de la esclavitud.

El "bienestarismo" en filosofía si bien no ve al animal como sujeto de derecho le garantiza buen trato. Esta es una extensión de la tesis de Bentham de que la acción es buena si da mayor felicidad a la mayor cantidad de seres, no solo humanos sino también a los seres con los que convivimos.

El filósofo australiano Peter Singer, profesor de la Universidad de Oxford, retoma ideas del utilitarismo ético de Bentham y desde allí con su publicación *Animal Liberation*[8] es reconocido como fuente de inspiración del movimiento de derechos animales. Según Singer, es la capacidad de padecimiento, la condición de "seres sintientes", la que otorga a un ser el derecho a consideración moral y especialmente el derecho a no sufrir. Así, existen varios animales a los que considera "persona": seguramente los homínidos y, quizá, todos los mamíferos. En su libro Singer se opone a lo que denomina *especismo:* discriminación a un ser vivo por el solo hecho de pertenecer a una determinada especie. Defiende el derecho a una igual consideración de todos los seres capaces de sufrir. Así considera que conceder menor consideración a seres porque tengan alas o pelaje no es más justo que discriminar a alguien por el color de su piel. En concreto, argumenta que aunque los animales dan muestra de menor inteligencia que el ser humano medio, la inteligencia no justifica que se otorgue menor consideración a los seres no humanos que a los humanos con retraso mental. Singer no condena específicamente que se utilicen animales para el consumo humano, siempre que los métodos que se utilicen para matarlos no conlleven ningún tipo de sufrimiento, pero concluye que la solución más práctica, para evitar controversias, es adoptar una dieta vegetariana o conforme al *veganismo*. Singer condena también la vivisección, aunque cree que algún experimento animal puede ser aceptable si el beneficio (mejora de tratamientos médicos, etc.) supera al daño causado a los animales utilizados.[9]

Tom Regan es otro filósofo estadounidense especializado en teoría de derechos de los animales.[10] En *The Case for Animal Rights*[11] argumenta que los animales no humanos son objeto de derechos morales. Su filosofía se encuentra dentro

8. *Animal Liberation: A New Ethics for our Treatment of Animals*, Nueva York, New York Review/Random House, 1975.
9. Ver también Peter Singer, *Animal Rights and Human Obligations: An Anthology* (co-editor Thomas Regan), Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1976; *Animal Factories* (co-autor James Mason), Nueva York, Crown, 1980; (ed.), *In Defence of Animals*, Oxford, Blackwell, 1985; *Animal Liberation: A Graphic Guide* (co-autora Lori Gruen), Londres, Camden Press, 1987.
10. Tom Regan, "The moral basis of vegetarianism", en *Canadian Journal of Philosophy*, 5, 1975, pp. 181-214; "McCloskey on why animals cannot have rights", en *Philosophical Quarterly*, 26, 1976, pp. 251-257; "Frey on interests and animal rights", en *Philosophical Quarterly*, 27, 1977, pp. 335-337; "Fox's critique of animal liberation", en *Ethics*, 88, 1978, pp. 126-133; "Utilitarianism, vegetarianism & animal rights", en *Philosophy & Public Affairs*, 9, 1989, pp. 305-324; *The struggle for animal rights*, Clarks Summit, International Society for Animal Rights, 1987; *Defending animal rights*, Chicago, University of Illinois Press, 2001; *Jaulas vacías: el desafío de los derechos de los animales.* Barcelona, Fundación Altarriba, Amigos de los Animales, 2004; Tom Regan y Peter Singer (eds.), *Animal rights and human obligations*, 1ª ed., Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1976.
11. Tom Regan, *The Case for Animal Rights*. University of California Press, 1983.

de la tradición de Immanuel Kant,[12] si bien él rechaza la idea de Kant de que el respeto se debe solo a los seres racionales. Regan argumenta que sistemáticamente atribuimos valor intrínseco y, por lo tanto, el derecho a ser tratados con respeto a los seres humanos que no son racionales incluyendo a los bebés y a aquellos que sufren discapacidades mentales graves.

En 1977 la Liga Internacional de los Derechos del Animal y las Ligas Nacionales afiliadas reunidos en la tercera reunión sobre los derechos del animal, celebrada en Londres del 21 al 23 de septiembre, adoptan la Declaración Universal de los Derechos de los Animales. Esta es proclamada el 15 de octubre de 1978 por la Liga Internacional, las Ligas Nacionales y las personas físicas que se asocian a ellas y fue aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (UNESCO), y posteriormente por la Organización de las Naciones Unidas (ONU). El preámbulo señala que "todo animal posee derechos" y se enuncian en el articulado el derecho a la existencia, al respeto, a la atención, a los cuidados y a la protección por parte de los/as humanos/as, a no recibir malos tratos ni actos crueles, a la libertad de los animales pertenecientes a una especie salvaje en su propio ambiente natural, terrestre, aéreo y a reproducirse, a la vivir y crecer al ritmo y en las condiciones de vida y de libertad que sean propias de su especie de aquellos animales que vivan en el entorno humano, al no abandono, a la limitación razonable del tiempo e intensidad de trabajo y a una alimentación reparadora y reposo de los animales de trabajo, a la limitación de la experimentación animal que implique un sufrimiento físico o psicológico es incompatible con los derechos del animal, a la preservación del animal de la ansiedad o dolor aun cuando sea criado para la alimentación, a la no explotación para esparcimiento humano, a la prohibición del biocidio –crimen contra la vida–, del genocidio –crimen contra la especie–, al respeto aun después de muerto, a la prohibición de las escenas de violencia contra los animales en cine y en televisión, a la defensa de sus derechos por la ley como lo son los derechos humanos.[13]

El Animal Legal Defense Fund (Fundación de la Defensa Legal de Animales) fue fundado por la abogada Joyce Tischler en 1979 como organización dedicada a la promoción de los derechos de animales, usando el derecho para proteger las vidas y defender los intereses de animales.

12. Según el influyente filósofo moral Immanuel Kant, deberíamos actuar solamente de la manera que querríamos que fuese una ley universal. En otras palabras, solamente existe el derecho de hacer algo si quisiéramos que el resto lo hiciera también. Kant pensaba que esto implica tratar a todos los seres humanos como fines en sí mismos, más que como meros medios para un fin.

13. Ver su texto en el anexo a este capítulo.

También más recientemente, en la línea de Tom Regan, Christine Korsgaard[14] y Julian Franklin[15] han defendido la posición de Kant, pero en el mismo sentido de rechazar su conclusión de que debería aplicarse de manera exclusiva a los seres humanos.

En el año 2003 la Sociedad Mundial para la Protección Animal propuso la "Declaración Universal sobre Bienestar Animal" (DUBA), que es una propuesta de acuerdo intergubernamental para su aprobación por la Organización de las Naciones Unidas con la finalidad de reconocer que los animales son seres capaces de sentir y sufrir, y promover su bienestar, su respeto y la finalización de los actos de crueldad hacia ellos. Esta iniciativa es apoyada por organizaciones como la Humane Society of the United States (Sociedad Humanitaria de los Estados Unidos) y la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) declaró su apoyo a la DUBA en 2007.

A lo largo de los años se ha ido conformando el *derecho animal* como una rama específica del derecho, una colección de derecho positivo y jurisprudencia en la cual la naturaleza –legal, social o biológica– de los animales es el objeto de estudio, aunque no necesariamente es sinónimo de derechos de los animales como sujeto de derecho. Los derechos de animales incluyen a los animales de compañía, fauna, animales empleados en el entretenimiento (zoológicos, riña de gallos, tauromaquia, carreras de galgos, entre otras) y animales criados para comida e investigación. Esto es, abarcan normativas con diferentes concepciones. En muchos casos, aun en aquellos que tienen un fundamento "sensocéntrico", pueden terminar siendo funcionales o utilizados en favor del extractivismo, si es que el límite se pone en el sufrimiento animal y no es un aporte hacia la desmercantilización de la Naturaleza.

Las normas jurídicas de reconocimiento de derechos de los animales han avanzado en el mundo,[16] por ejemplo:

*Alemania:*

Desde el 2 de agosto de 2001 el artículo 20.a del Grundgesetz (GG) defiende el derecho de los animales a protección como una de las tareas principales del Estado.

14. Christine Korsgaard, "Fellow creatures: Kantian ethics and our duties to animals", en *The Tanner lectures on human values*, 25/26, 2005, pp. 77-110; *The sources of normativity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 152-153.

15. J. H. Franklin, *Animal rights and moral philosophy*. Nueva York, Columbia University Press, 2005.

16. Para ver la situación en Argentina: Gabriela M. Solario, "La protección de los derechos de los animales en el ordenamiento nacional. Un análisis de la legislación nacional de los últimos años", en *Revista Jurídica de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, 20 de febrero de 2018. Disponible en http://www.amfjn.org.ar/2018/02/20/la-proteccion-de-los-derechos-de-los-animales-en-el-ordenamiento-nacional-un-analisis-de-la-legislacion-nacional-de-los-ultimos-anos/ (consultado el 14 de agosto de 2018).

Ley Fundamental de Bonn. Artículo 20.a (modificado el 26/07/2002): "El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del ordenamiento constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la Ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial".

*España:*

En España, el Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, establece las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia.

El artículo 33 del Código Penal de 1995, modificado por la LO 1/2015, ha introducido nuevas penas de inhabilitación para la tenencia de animales y el ejercicio de profesiones relacionadas con animales.

*Francia:*

En 2015 la reforma del Código Civil francés reconoció que los animales son "seres vivos y sensibles",[17] en vez de meros bienes.

En marzo de 2018 la fundación francesa 30 Millones de Amigos [30 Millions d'Amis], publicó *El Código del Animal*,[18] una recopilación de todas las normas y fallos del derecho animal en Francia. Representa un acto práctico y simbólico, así como un progreso legal global para los animales, ya que se trata de la primera vez en el mundo que se crea un código jurídico –aunque no sea un acto gubernamental– tratando únicamente de la condición de los animales.

*Colombia:*

La Corte Constitucional de Colombia tiene varia sentencias a favor de los derechos de los animales. Así por ejemplo la Sentencia T-608/11,[19] de 2011, donde se falla a favor de la no devolución de un loro que había estado ilegalmente en

17. Artículo 515-14 del Código Civil Francés creado por la Ley N°20.115-177 del 16 de febrero de 2015.
18. J-P. Marguénaud y J. Leroy (dirs.), Código del Animal. Prólogo de Florence Burgat, 1ª ed., Lexis Nexis, 2018.
19. Expediente T-3045533. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-608-11.htm (consultada el 14 de agosto de 2018).

cautiverio por parte de una pareja para un tratamiento de recuperación de una persona con discapacidad. Dice el tribunal:

> […] la actuación de CORPOCALDAS de no devolver el ave a la accionante, es razonable, legítima y ajustada a derecho, por tanto no implica una vulneración a los derechos del accionante. Esto por cuanto, el accionante nunca fue propietario del animal, sino que su tenencia siempre se encontró en la ilegalidad. Por lo tanto, la recuperación del ave por parte del Estado es una medida que se ajusta al ordenamiento y que se hace en aras de cumplir el deber estatal de protección al medio ambiente y el desarrollo de los principios de desarrollo sostenible, conservación, restauración y sustitución del ecosistema. Se entiende que la medida es razonable puesto que el fin que busca, es proteger el medio ambiente y la fauna silvestre, y esto se logra con la retención del ave, puesto que CORPOCALDAS actualmente se encuentra haciendo un trabajo de rehabilitación con el loro para que pueda volver a su hábitat natural y se recupere del maltrato que padeció. Finalmente, la medida no causa agravio injustificado a la salud o vida digna del actor ya que este no requiere del loro para desarrollar su terapia de rehabilitación, pues como bien lo expuso la Fonoaudióloga, el tratamiento se puede hacer con "aves" y no específicamente con el loro en cuestión. Adicionalmente, es menester enunciar que la accionante puede obtener un ave que sea doméstica para los fines de la terapia […] a partir del entendimiento del ser humano como parte de la naturaleza, la relación de este con el medio ambiente no puede ser netamente utilitarista, tiene que acatar los criterios de respeto y cuidado. Por lo que el mantenimiento de un animal en condiciones de maltrato tampoco es permitido.

Corte Constitucional, en su Sentencia de Tutela Nº121/17, 27 de febrero de 2017:[20] ante la acción de tutela en contra de la decisión judicial del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró constitucional la convocatoria a consulta popular realizada por el alcalde mayor de Bogotá, para que la ciudadanía decidiera si se debía permitir la realización de corridas de toros o novilladas, aun cuando admite la realización de consulta popular sobre el tema advierte que "si el electorado decide apoyar la realización de las corridas, esto no podrá entenderse como que la Administración queda relevada del deber de desincentivar este tipo de prácticas en la ciudad".

20. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela Nº121/17, 27 de febrero de 2017. Disponible en https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/678739381 (consultada el 14 de agosto de 2017).

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil:[21] concede un hábeas corpus en el caso del oso de anteojos Chucho, que vivió durante 19 años en la reserva natural Río Blanco de Manizales, y que fue enviado al zoológico de Barranquilla. La Corte ordenó de volverlo a Manizales. Determinó que los animales son seres sintientes y sujetos de derechos. La decisión sin precedentes va más allá de la calificación de los animales como "seres sintientes" que ya hacía la Ley de Protección Animal, la 1774 de 2016, para establecer, de una buena vez, que también tiene derechos: "Los animales son sujetos de derechos sintientes no humanos que como tales tiene prerrogativas en su condición de fauna protegida a la salvaguarda por virtud de la biodiversidad y del equilibrio natural de las especies, y especialmente la de naturaleza silvestre. Como tales, deben ser objeto de conservación y protección frente al padecimiento, maltrato y crueldad injustificada". La Corte señala que esta "asignación de derechos" solo puede verse como una extensión de los principios jurídicos de las personas a los seres sintientes en forma proporcional y amplia, sin afectar desarrollos agroindustriales, sin menguar avances médicos y sin desatender la solución de las necesidades alimentarias de los seres humanos. "Se trata sí, de reconocer y asignar derechos y personería jurídica para determinar epistemológica, ética, política, cultural y jurídicamente la irracional destrucción de nuestro planeta, y de toda la naturaleza que aqueja en forma vergonzante y trágica la generación de nuestro tiempo", dice el fallo.

Actualmente, los derechos de animales se enseñan en más de cien facultades de derecho en todo el mundo (en Estados Unidos, España y Argentina, entre otros países) y cada vez son más las asociaciones y colegios de abogados/as nacionales y locales que tienen comisiones, institutos y comités de derechos de los animales (como por ejemplo el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).

## 3. Derechos de los animales como personas no humanas en Argentina

Se suceden tres fallos importantes en el caso de la orangutana Sandra en el hasta entonces "zoológico" de la ciudad de Buenos Aires, fallos que no solo son revolucionarios para el derecho argentino, en la medida en que la reconocen como "sujeto de derechos" en tanto que "persona no humana", sino porque son un importante antecedente de reconocimiento de otros seres no humanos como sujeto de derechos en el camino de recepcionar los derechos de la Naturaleza.

21. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 26 de julio de 2017. Disponible en http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_9a4533cd-7c4a418bb13c5d1db599890e (consultado el 14 de agosto de 2017).

Estas causas también fueron un acicate frente al GCBA para el cierre del zoológico y acompañaron el debate socialmente instalado por la movilización de las agrupaciones animalistas, ecologistas y protectoras de animales y los proyectos de ley de jardín ecológico o ecoparque presentados desde el año 2012 y no tratados por la Legislatura.[22]

-En primer lugar el fallo de la Sala II de la Cámara de Casación Penal Orangutana Sandra s/recurso de casación s/hábeas corpus.[23] En la causa iniciada por la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales se cuestionaba la falta de un hábitat adecuado y se promovía su traslado a una reserva adecuada para tal fin. Si bien la Sala II de la Cámara de Casación dispuso "remitir las actuaciones a la Justicia Penal Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en razón de su competencia", dos de sus integrantes, los Dres. Alejandro Slokar y Ángela Ledesma, sostuvieron:

> a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente (Zaffaroni, E. Raúl, *et al*., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 493; también Zaffaroni, E. Raúl, *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2011, p. 54 y ss).[24]

Así, el fallo mencionado se constituye en un paso histórico pues reconoce jurídicamente la condición de la orangutana Sandra y otros animales como sujetos no humanos, titulares de derechos.

-En el mismo sentido, y basándose en este antecedente en el fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad, el fallo de la Jueza Liberatori retoma, amplía y profundiza los fundamentos del anterior en la causa Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otro contra GCBA s/amparo.[25]

22. Ver nuestra tesis doctoral María José Lubertino Beltrán, "El derecho al ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa (1996-2017)", Buenos Aires, julio 2018. Tesis de Doctorado en Derecho Constitucional. Facultad de Derecho, UBA (inédita), capítulo VIII, punto 12.1. No más Zoo, y capítulo X, punto 3.10. Fallos en defensa del ambiente.
23. Cámara de Casación Penal, Sala II, del 18 de diciembre de 2014. Disponible en http://cij.gov.ar/nota-14651-Casaci-n-reconoce-derechos-a-los-animales-y-declina-en-un-caso-la-competencia-en-el-fuero-penal-de-la-Ciudad.html (consultado 20 de setiembre de 2017).
24. El juez doctor Pedro R. David no se pronunció acerca de si "los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos". No lo estimo necesario para resolver la cuestión de competencia.
25. Expte. A2174-2015/0. Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires del 21 de octubre de 2015. Disponible en http://www.ijudicial.gob.ar/wp-content/uploads/2015/10/Sentencia-Orangutana.pdf (consultado el 17 de septiembre de 2017).

El amparo se plantea contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Jardín Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires por "... conculcar de forma manifiestamente ilegal y arbitraria el derecho a la libertad ambulatoria, el derecho a no ser considerada un objeto o cosa susceptible de propiedad y el derecho a no sufrir ningún daño físico o psíquico que titulariza como persona no humana y sujeto de derecho la orangutana Sandra..." a efectos de que se ordene que "... se libere a Sandra y se la reubique en un Santuario acorde a su especie donde pueda desarrollar su vida en un real estado de bienestar que será determinado por un Evaluador Experto en la materia". Los amparistas señalan el antecedente de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal y entienden que Sandra dejó de ser un objeto de protección del derecho y pasó a ser un sujeto titular de ciertos derechos fundamentales. Por ello sostienen que su cautiverio y exhibición pública viola los derechos que ella titulariza (aunque se la alimente y no la traten con crueldad, en los términos de la Ley 14.346).[26] Señalan que la situación de Sandra confronta con las reglas mínimas del bienestar animal fijadas por la Asociación Mundial de Zoológicos (sus siglas en inglés WAZA) sino también con la Declaración Universal de los Derechos de los Animales, la Ley Nacional de Protección Animal N°14.346 y la Ley de Conservación de la Fauna Silvestre N°22.421. Explican que Sandra es discriminada por su especie, víctima de lo que la filosofía y la ética llaman "especismo antropocéntrico".[27] Agregan que esta especie se encuentra en peligro crítico de extinción, "hallándose en la lista roja de especies amenazadas de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. Solicitan una medida cautelar tutelar, con el objeto de convocar a una audiencia con los demandados a efectos de que se informe sobre la situación actual de Sandra y las medidas adoptadas para hacer cesar su cautiverio".

El asesor tutelar Juan Carlos Toselli presenta un dictamen donde considera que no le corresponde intervenir. Lamentable que, en causas donde está en juego

26. Agregan que "...no puede dudarse sobre la capacidad de los animales para sentir [...] Por ello, los animales, como seres sintientes deben poder gozar de algunos derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad a no sufrir padecimientos, es decir, a la protección de sus intereses básicos". Relatan que Sandra nunca conoció la libertad, lo que provoca estrés y depresión y viola su derecho al bienestar animal y describen su recinto en el Jardín Zoológico de Buenos Aires como "una verdadera jaula de cemento", "antinatural y extremadamente inadecuada para un animal de esa especie", sin ningún espacio verde o árboles para ejercitarse ni tampoco algún enriquecimiento ambiental, lo cual pondría en riesgo su salud física y psíquica.
27. Y continúan señalando que los orangutanes son seres pensantes, sintientes, inteligentes y genéticamente similares a los seres humanos, con similares pensamientos y emociones, sensibles y autorreflexivos; que tienen cultura, capacidad de comunicarse y un rudimentario sentido del bien y del mal; una individualidad propia, con una historia, carácter y preferencias únicas. Y concluyen que "Particularmente Sandra es miembro de una especie que no conoce, y de una especie que vive en un hábitat y un clima que tampoco conoce […] tiene el estado mental de un 'Orangután Institucionalizado'".

un interés colectivo, el GCBA en lugar de reconocerlo actúe con la lógica tradicional de una causa administrativa tradicional. Así como de manera automática y ritual contesta planteando que esta causa no constituye un proceso colectivo, plantea la falta de legitimación activa de los amparistas, plantea la ausencia de causa o controversia judicial, se opone a la vía elegida[28] y por último afirma que los animales no son sujetos de derecho ni pueden ser alcanzados por el concepto jurídico de persona. Tanto el GCBA como el Zoo denuncian la conexidad con el expediente que tramita ante la Fiscalía de Primera Instancia Nº8 en lo Penal Contravencional y Faltas. Todas estas cuestiones son rechazadas por la jueza.

En la causa hay un despliegue de activismo judicial con varias medidas innovadoras. Hay audiencias, inspecciones oculares, se presentan varios amicus y se toman testimonios a los expertos Leiff Cooks, Gary I. Shapiro y Shawn Thompson (residentes en Australia, Canadá y Estados Unidos) en audiencias vía Skype y se crea mesa técnica de expertos. En el transcurso de la causa el "zoológico" hace modificaciones al recinto donde habita la orangutana, y la jueza lo tomó como un reconocimiento por parte de la demandada.

Dice Liberatori en su fallo: "Cabe adentrarse en la interpretación dinámica y no estática que dijeron los jueces con relación a este expediente y teniendo presente quien suscribe lo dispuesto por el artículo 2 del Código Civil en relación al deber de interpretar la ley teniendo en cuenta 'sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento'". Para ello, toma en primer lugar los antecedentes del derecho argentino vigentes, por ejemplo, el art. 1° de la ley 14.346 (de septiembre de 1954)[29] destacando en el texto la utilización de la palabra "víctima" en relación a los malos tratos que a un animal pueden serle infligidos –únicamente– por personas humanas ya que el destinatario de la pena prevista en la norma es precisamente un ser humano. De lo cual extrae que la tutela legal a ser ejercida en los tribunales frente a esa situación de mal trato es en relación al animal o "persona no humana", siguiendo la terminología de Valerio Pocar en su obra *Los animales no humanos. Por una sociología de los derechos*, Ed. Ad-Hoc, primera edición, enero 2013. Subraya además que la ley en análisis

> no distingue entre animales domésticos o en cautiverio como es el caso del Zoológico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por lo que una

28. Esta estrategia de defensa en juicio por parte del GCBA es la habitual, que no reiteraremos al explicar cada causa pero que se correlaciona con las barreras que la Justicia instituye para bloquear los procesos colectivos tomando alguno de los pretextos que ofrece este listado.
29. "Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales".

> primera conclusión es que, en este caso particular, cabe la aplicación plena de esa ley si efectivamente los hechos del caso habilitan el encuadramiento en la norma, por lo menos en algún grado relevante a los fines de la misma.[30]

El fallo de Liberatori va al núcleo de la cuestión de la "mercantilización de la Naturaleza" cuando pone en evidencia que aun bajo la vigencia de las normas primitivas el derecho de dominio sobre las "cosas" no era absoluto:

> Por otra parte, resulta oportuno recordar que al momento de la sanción de esta ley (septiembre de 1954) no se había formulado aún la reforma al Código Civil (Ley 17.711, de 1968) que incluyó el concepto de "abuso del derecho" en nuestra legislación. Por lo tanto, no existía aún un reconocimiento legal del límite al derecho de propiedad por parte de su titular, en este caso, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires […] Al respecto, el Código Civil en su artículo 10 establece que "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos" determinando que así sucede cuando se contrarían los fines del ordenamiento jurídico, o se exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres imponiendo al juez la obligación de ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva, y si correspondiere procurar la reposición al estado de hecho anterior […] De todo lo expuesto, surge claramente que *el interés jurídicamente protegido por la ley no es la propiedad de una persona humana o jurídica sino los animales en sí mismos*, quienes son titulares de la tutela que establece frente a ciertas conductas humanas. Advierto al respecto el interés público comprometido en no tolerar como sociedad democrática conductas humanas reprochables penalmente.[31]

Es también muy interesante que la jueza resalte la existencia de derechos específicos de los animales, no asimilables a los humanos:

30. "Por ejemplo, como pudiera ser si se constata que las condiciones de su hábitat en sentido integral –es decir, comprensivo no solo del espacio físico sino también de la realización de actividades tendientes al bienestar psicológico y de preservación de sus facultades cognitivas–, no resultan razonablemente adecuadas, siendo responsable de ello el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en carácter de propietario a cuyo cargo se encuentra el control de las obligaciones asumidas oportunamente por el concesionario del Zoológico."
31. El destacado es nuestro. En otra parte del fallo cita a Zaffaroni en este sentido: "Como señala el Dr. Zaffaroni, 'el bien jurídico en el delito del maltrato de animales no es otro que el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es menester reconocer el carácter de sujeto de derechos'" (2013: 54). Asimismo, señala que "ningún viviente debe ser tratado como una cosa"; Eugenio Raúl Zaffaroni, *La Pachamama y el Humano*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2013, p. 74.

> La categorización de Sandra como "persona no humana" y en consecuencia como sujeto de derechos no debe llevar a la afirmación apresurada y descontextualizada de que Sandra entonces es titular de los derechos de las personas humanas. Ello de modo alguno es trasladable. Por el contrario, tal como lo señala el experto Héctor Ferrari, "ponerle vestido a un perro también es maltratarlo". Y de hecho, continúa, los animales de compañía son frecuentemente considerados parte de la familia no siendo ni una persona ni una "cosa" en tal caso porque se trata de "sistemas autopoyéticos heterótrofos, con capacidad de agencia comportamental". […] Entonces, *se trata reconocerle a Sandra sus propios derechos como parte de la obligación de respeto a la vida y de su dignidad de "ser sintiente", novedosa categorización que ha introducido la reforma de enero de 2015 del Código Civil en Francia y a la que nos referiremos más adelante.*

La jueza da algunos ejemplos de reconocimientos derechos de animales.[32] Profundiza Liberatori:

> …la vida y la dignidad de ser viviente si bien completamente desagregada en el ordenamiento jurídico con relación a las "personas humanas" no impide que analógicamente sea extendida a Sandra cuando ella inviste la condición de "ser sintiente", una categoría que se compadece con el Código Civil argentino que al igual que en el caso francés que solo tiene dos categorías, personas y bienes.

Explica aquí el fallo como antecedentes normativos el reconocimiento de los "seres sintientes" en Francia y el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de Derecho en las constituciones de Ecuador expresamente y en Bolivia tácitamente. En este aspecto recurre a cita textual de Zaffaroni:[33]

> Es clarísimo que *en ambas constituciones la Tierra asume la condición de sujeto de derechos*, en forma expresa en la ecuatoriana y algo tácita en

32. El destacado en el textual nos pertenece. Cita como ejemplos que AFIP el pasado 29 de abril –día del animal– "jubiló" a catorce canes detectores como herramienta de control aduanero no intrusivo conforme a reglas internacionales en la materia. Les darán vivienda, salud y alimentación a cargo del Estado. En Chile, "Peseta", perra que trabaja en el Primer Juzgado de Familia de Santiago para brindar apoyo emocional a niños, adolescentes y adultos en audiencias reservadas frente a los jueces. Es un servicio gratuito que brinda el Poder Judicial. Al respecto, hay condiciones de trabajo para ella tales como horarios y vacaciones. La misma idea existe Estados Unidos a través de la Courthouse Dogs bajo el lema "Promoting Justice with Compassion".

33. Eugenio Raúl Zaffaroni, *La Pachamama y el Humano*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2013, p. 111.

> la boliviana, pero con iguales efectos en ambas: *cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, […]. No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente, incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente.*

El fallo también desarrolla una crítica ecofeminista a las clasificaciones y categorizaciones jerárquicas del mundo como construcciones sociales del paradigma colonialista patriarcal depredador:[34]

> Con esto queremos decir que sectores relegados de la sociedad, como lo han sido a lo largo de la historia los pueblos originarios, los negros, las mujeres, etc. y también los animales (que han sido y son sometidos por los hombres, en la relación de poder que ha establecido) pueden llegar a ser sujeto de derechos. Y de esta manera lograr que dejen de ser sometidos [citando a Lucía Guaimas].[35]

En el fallo se reconoce que, según los expertos: "La evidencia empírica es que los orangutanes son una especie pensante, sintiente e inteligente, genéticamente similares a los seres humanos, con similares pensamientos, emociones y sensibilidades y autorreflexivos".

Por los tanto en este fallo se concluye que Sandra tiene derecho a no ser sometida a malos tratos o actos de crueldad ni que ocurran conductas humanas abusivas a su respecto. Que la falta de espacio, de privacidad y de libertad le causa sufrimiento. Que Sandra tiene derecho a gozar de la mayor calidad de vida posible a su situación particular e individual.

Sin embargo la jueza entiende que ella no está en condiciones de decidir qué es lo mejor y lo deja al arbitrio de la mesa de expertos, que deberían consensuar la conveniencia o no de su traslado y a dónde.

34. "Todo modo de clasificar y categorizar el mundo, es una construcción social. Y dichos modos de clasificación responden a una manera particular de apropiarse de la realidad. […] Es decir que la decisión de lo que es considerado superior y lo que es considerado inferior, quién o qué debe tener derechos y quién o qué no, es una construcción social, no es algo dado por la naturaleza. […] Su establecimiento responde a un proceso histórico, científico, social, por lo cual se han seleccionado y limitado ciertos sentidos y descartado otros para construirlas como tales […] Por lo tanto, lejos de ser 'naturales', homogéneas y estáticas, las categorías son 'inherentemente' dinámicas, heterogéneas y cambiantes de acuerdo al contexto social que las ha producido…".

35. Lucía Guaimas, "La Antropología: sobre la construcción social de las Categorías", 2015 (inédito).

-Entretanto en la causa penal que fue remitida a la Justicia Penal, contravencional y de faltas de la Ciudad, finalmente entiende en la cuestión del "hábeas corpus" el Juzgado Penal y Contravencional Nº13 a cargo de Dr. Gustavo Letner. A mediados de 2016, dicho Juzgado intima a la querella (Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales, AFADA) a ratificar un escrito que había interpuesto su letrado. Luego de cumplido ese plazo de intimación, el 13 julio de 2016, el juez declara desistida la querella. En agosto de 2016, el presidente de la AFADA ratifica el escrito que se le requería y apela la resolución de desistimiento de la querella. Así se llega al tercer fallo a favor de los derechos de Sandra, cuando el 12 de diciembre de 2016, la Sala III del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas –integrada por Jorge Atilio Franza, Silvina Manes y Sergio Delgado– revocó la resolución de primera instancia y ordenó la continuación del proceso de la causa Responsable de Zoológico de Buenos Aires s/ ley 14.346.[36]

Con los votos de Franza y Manes –el camarista Delgado se excusó–, en otro buen ejemplo de "activismo judicial", destacable más aún siendo el fuero penal, el Tribunal revocó la resolución del juez Gustavo Letner en la que se declaraba la extinción de la acción penal iniciada por Pablo Buompadre –miembro de AFADA– en representación de la orangutana Sandra y se sobreseía a los encausados. La Sala no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad de los arts. 256 incs. 1 y 257 Código Procesal Penal de la CABA efectuado por la parte querellante.[37]

En lo que respecta a los derechos de la orangutana Sandra, el camarista señaló: "No puede soslayarse que nos encontramos frente a una situación particular, la presunta lesión a los derechos de un sujeto de derecho no humano, el cual por motivos obvios no tiene capacidad para expresarse y por lo que requiere de una representación humana necesaria". El juez citó el texto de la Ley 14.346:

> la que consagró un verdadero estatus de víctima en cabeza del animal no humano, más allá de la afectación de los sentimientos de ninguna otra

36. Causa Nº18491-00-00/14. Ver Fallo en: http://www.ijudicial.gob.ar/wp-content/uploads/2016/12/fallo-Orangutana.pdf (consultado el 22 de mayo de 2018).

37. Entre los argumentos del juez de cámara Jorge Franza para revocar la sentencia –a los que se adhirió la Dra. Manes–, se indicó que "el Judicante ordena intimar al querellante el día 30/06/2016, notificándolo de ello el 04/07/2016, y el 13 de julio siguiente tiene por desistida la acción privada, es decir, 5 días hábiles luego de haberle notificado la intimación" y, al resolver como lo hace, "el juez de primera instancia está finalizando el proceso actuando con un rigorismo formal excesivo, sin procurar darle al querellante un tiempo prudencial para responder a la intimación oportunamente cursada", en consecuencia, Franza sostuvo que "corresponde revocar la resolución puesta en crisis, ya que antes de tomar una decisión respecto de un supuesto desistimiento tácito, el Judicante debe darle a la querella la posibilidad de expedirse". "Esta solución es la correcta a fin de resguardar el derecho que tienen todas las partes a ser oídas y de respetar el debido proceso", agregó.

> persona, ni de la privacidad de los actos de maltrato o crueldad, ni de quien denuncie sin ser dueño, con lo que el bien jurídico protegido es precisamente la vida y la integridad física y emocional de ese animal que está siendo objeto de hechos delictivos que lesionan sus derechos.
> Así, tener por desistida tácitamente a la querella, por haber superado por unos días una disposición legal extremadamente rigorista, aun habiendo expresado la clara voluntad de continuar con la acción, conllevaría al archivo de las actuaciones en detrimento de los derechos de una "persona" que precisamente nunca tendrá la posibilidad de expresarse –la orangutana Sandra

sentenció Franza en un claro ejemplo de activismo judicial.

Por otra parte, el magistrado sostuvo que "los animales, desde la ciencia y desde el sentido común, claramente no son cosas". Y añadió:

> Como los ordenamientos solo protegen por su valor intrínseco, independientemente del interés de terceros, a las personas –o sujetos de derechos–, los animales no humanos deberían tener el mismo estatus. […] En definitiva, habiendo la querella demostrado voluntad suficiente de seguir impulsando la acción, y estando en pugna derechos básicos de una persona no humana, corresponde revocar lo resuelto por el Magistrado de grado y ordenar la continuación de las actuaciones.

El camarista Franza en su voto destacó que

> no es la primera vez se reconocen jurisprudencialmente derechos a un sujeto de derecho no humano […] Cabe recordar que en este mismo sentido se ha pronunciado la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en el marco del hábeas corpus tramitado con relación a la víctima en autos, como así también el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°4 de la CABA. Por su parte, recientemente también el Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza reconoció a la "mona Cecilia" como un sujeto de derecho y autorizó su traslado al santuario de Sorocaba, en San Pablo, Brasil.[38]

38. Ver fallo: Presentación efectuada por A.F.A.D.A respecto del chimpancé "Cecilia"- "sujeto no humano" - Hábeas Corpus. Expte. Nº P-72.254/15. 3er. Juzgado de Garantías. Mendoza, Mendoza. 3 de noviembre de 2016. en http://www.saij.gob.ar/declara-chimpance-cecilia-sujeto-derecho-humano-ordenando-su-traslado-nv15766-2016-11-03/123456789-0abc-667-51ti-lpssedadevon (consultado el 22 de mayo de 2018).

El juez precisó que lo expuesto

> es consistente con lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Animales elaborada por la UNESCO en el año 1977, donde se les reconoce a los animales derechos y, específicamente en su artículo 4 prevé que todo animal perteneciente a una especie salvaje, tiene derecho a vivir libre en su propio ambiente natural, terrestre, aéreo o acuático y a reproducirse y que toda privación de libertad, incluso aquélla que tenga fines educativos, es contraria a este derecho […] al momento no existen cuestionamientos en torno a no equiparar a los animales a los humanos. De tal modo, teniendo en cuenta que el ordenamiento positivo vigente se refiere al ser humano en términos de sujeto de derechos, nada obsta a considerar mínimamente a este tipo de animales como sujetos de derecho no humanos.

Franza concluyó: "Por lo expuesto, entiendo que no quedan dudas del carácter de persona no humana que ostentan los animales, y que en razón de ello tienen derechos inherentes a dicha categoría de sujetos de derecho, entre los cuales se destacan los de llevar una vida digna, sin apremios físicos ni psíquicos, y especialmente en libertad".

Sin embargo, a pesar de estos tres fallos favorables la orangutana sigue en el Ex Zoo.[39] Sandra nació en 1986 en un zoo en Alemania, llegó aquí en 1992. Tuvo una cría que fue entregada a otro zoo. Está hace más de 23 años sin especialista en grandes simios ni mucho menos en orangutanes. Entretanto el santuario de Sorocaba, en el estado de San Pablo, ya recibió a la chimpancé Cecilia desde el zoológico de Mendoza. Se pedía la trasladaran allí o al de Anami, en las afueras de la ciudad de Curitiba, en el sur de Brasil. Nos informa el abogado de la causa que está acordado su traslado a un santuario en Florida, EEUU.[40]

-En la misma línea de reconocimiento de derechos de las personas no humanas va en Mendoza el caso de la chimpancé Cecilia, que tuvo una resolución más rápida en cuanto a su traslado. Ver el fallo del 3 de noviembre de 2016 del Tercer Juzgado de Garantías del Poder Judicial de Mendoza. Presentanción efectuada por A.F.A.D.A respecto de la chimpancé "Cecilia" - sujeto no humano. Fallo (Expte. Nº P-72.254/15).

Comienzan a multiplicarse los fallos con esta línea argumental en distintos fueros y provincias.

39. "La orangutana Sandra, prisionera del ex Zoo y de una decisión judicial que se demora", *Clarín*, 21 de diciembre de 2017. https://www.clarin.com/ciudades/orangutana-sandra-prisionera-ex-zoo-decision-judicial-demora_0_BJN7a7dfz.html (consultado el 19 de mayo de 2018).
40. Según Andrés Gil Domínguez al 22 de mayo de 2018.

## 4. Diferentes perspectivas en la tutela de lo "no humano"[41]

Existen diferentes perspectivas éticas o cosmovisiones que hoy conviven en la construcción de argumentos para la tutela de lo "no humano":

Por un lado: 1) el *antropocentrismo:* nuclea, con diferentes matices, buena parte de los argumentos que subyacen a las regulaciones que protegen el ambiente. Incluso desde varias filosofías éticas, políticas y religiosas en su afán de destacar la dignidad humana se concluye reforzando esta cosmovisión. La redacción final del artículo 41 puede enrolarse en esta postura, lo que también se identifica en los debates de la Convención Constituyente de 1994 en los que hay una cantidad importante de intervenciones que se ocupan de subrayar que es "el hombre" la causa, el fundamento y el elemento principal del ambiente y, por tanto, la razón medular para su protección. Sin perjuicio de que las intervenciones del constituyente Schroeder ya daban cuenta de una perspectiva alternativa ecocéntrica, esta no fue la dominante.

Por otra parte, se han ido desarrollando, particularmente desde la última parte del siglo XX, una serie de aportes desde la ética ambiental y animal –como hemos visto– que se desmarcan del antropocentrismo, reubicando al humano y problematizando el valor de lo no humano que no estaría dado ya por su utilidad sino por el simple hecho de existir:

2) El *biocentrismo* coloca el acento sobre la afirmación de que toda forma de vida es valiosa por sí misma y, de este modo, todos los seres vivos por el mero hecho de serlo son merecedores de respeto. A su interior se advierten dos grandes posturas: i) Una de ellas que focaliza en la consideración moral de los animales no humanos –aquí ubicamos el "sensocentrismo" y varias de las corrientes animalistas–[42] y ii) otra en la reverencia por la vida,[43] entre otras.[44] En este grupo se reflexiona sobre el valor de todas las formas de vida y la imposibilidad de poner precio, cuantificar o valorizar la extinción de una especie, entre otros temas.

41. Ver: CONICET, "¿20 años no es nada? Un estudio de los debates constituyentes de 1994 sobre ambiente y patrimonio cultural", Autoría colectiva Proyecto de Investigación "Codex Humano: Normas, tecnologías y programas para el gobierno de lo vivo", p. 68 y ss. Disponible en http://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/16050/CONICET_Digital_Nro.18712_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y (consultado el 13 de agosto de 2018).

42. Obras ineludibles en esta línea son *Liberación animal,* de Peter Singer, texto medular para el movimiento animalista, publicado en 1975, y *The case of animals right*s, de Tom Regan, del mismo año.

43. A principios del siglo XX Albert Schweitzer, que construye una tesis basada en la voluntad de vivir atribuida a todo ser vivo y coloca la reverencia por la vida como principio ético central. En esta misma senda biocéntrica se encuentra Eduardo Gudynas, según Valeria Berros.

44. Valeria Berros, "Porque tienen derecho a existir: una introducción al debate ético sobre el derecho de los animales no humanos", en Néstor Cafferatta (dir.), *La dimensión social del derecho ambiental.*

Hay también quienes impulsan un cambio más profundo que no se satisface con reformas parciales al interior del capitalismo, sino que pretende el respeto del valor intrínseco del mundo natural. Esta corriente es la que confronta con el "extractivismo":

3) El *ecocentrismo*, que cuenta entre sus contribuciones: i) la "ética de la tierra" de Aldo Leopold que responsabiliza al humano por aquello que ocurre con la naturaleza;[45] ii) la ecología profunda o *deep ecology*. En este último caso, la obra del noruego Arne Naess, que construye la denominada "Filosofía T" y coloca a la Naturaleza como centro de la moral a la vez que critica las posturas reformistas, que suelen etiquetarse en términos de ecología superficial o *shallow ecology* dado que no llegan a desmarcarse de la postura antropocéntrica.

Existen hoy en el campo jurídico debates y tensiones sobre el estatuto jurídico de lo no humano, reeditándose anteriores momentos como aquel en el que se disputaba la posibilidad de considerar o no como sujetos de derecho a las personas jurídicas o de existencia ideal. Dice Valeria Berros:

> Por una parte, y sobre todo en el seno del derecho privado, proliferan voces de alarma en relación a la expansión de derechos en curso que, en reiteradas ocasiones, suelen confundir el eje de la discusión, lo que ya ha sido observado por reconocidos juristas desde hace varias décadas. Por la otra, desde el campo del derecho animal y desde las miradas más ecocéntricas del derecho ambiental, se suelen sostener posiciones a favor de esta ampliación de derechos que, muchas veces, son atacadas por considerar que traducen una perspectiva ética que es tildada de minoritaria por quienes no comparten estas ideas ni, tampoco, pueden asumir que exista más de una manera de abordar la cuestión ecológica que se liga a las heterogéneas cosmovisiones existentes en nuestro planeta. Así, se torna complejo un diálogo posible dado que parecen posiciones inconmensurables y enfocadas en un aspecto de la cuestión: el ético.[46]

Para salir de este debate, y más allá de las perspectivas éticas de la cuestión, resulta interesante volver a debatir sobre el carácter técnico que posee la noción de "sujeto de derecho". En esta línea, siguiendo al jurista René Demogue, cuyos

45. "Ética de la tierra" es uno de los capítulos de la obra *A sand country almanac* (Un almanaque del condado arenoso) publicada en 1949 en la que sostiene: "Una cosa está bien si tiende a preservar la integridad, estabilidad y belleza de la comunidad biótica. Está mal si tiende a lo contrario".

46. Valeria Berros y Rafael Colombo, "Miradas emergentes sobre el estatuto jurídico de los ríos, cuencas y glaciares", en *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'ambiente*, Saggi, Nº1, 2017. G. Giappichelli Editore, p. 32.

conceptos en la materia también abordamos las feministas cuando debatimos el comienzo de la existencia de las personas, Marie-Angèle Hermitte[47] desarrolla

> cómo la naturaleza se ha ido personificando tanto sustancialmente (a partir del tratamiento, por ejemplo, del sufrimiento animal por parte del derecho, las afecciones recíprocas que se representan en el derecho de la responsabilidad civil cuando existen daños causados por animales, el reconocimiento de los animales en tanto seres sensibles y poseedores de un mundo mental) como procesalmente (a partir, verbigracia, de la partición de los territorios en humanos y no humanos, mediante la generación de áreas y hábitats que poseen un estatuto legal particular). Y este proceso desordenado, inacabado y fluctuante, se ha venido desarrollando aún antes de que la naturaleza, Pachamama, Madre Tierra, haya sido expresamente reconocida como sujeto de derecho en algunos sistemas legales contemporáneos.[48]

## 5. Derechos de la Naturaleza

En el marco de la cosmovisión ecocéntrica, emergen en América Latina las nuevas constituciones que reconocen los Derechos de la Pacha Mama o Naturaleza, en la recuperación del derecho consuetudinario del Buen Vivir de los pueblos originarios, vigente desde tiempos ancestrales.

En Bolivia, Ecuador y Nicaragua reconocen expresamente los Derechos de la Naturaleza.[49]

La Constitución de Ecuador (2008), que es la más desarrollada en esta temática, alude en su Preámbulo a una nueva forma de convivencia ciudadana en diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir ("Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, [el pueblo soberano del Ecuador decide construir] una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el Sumak Kawsay") y en su artículo 71:

> La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento

47. Marie-Angèle Hermitte, "La nature, sujet de droit?", en *Annales HSS*, janvier-mars 2011, N°1, pp. 173-212, citada por Valeria Berros, *op. cit.*, p. 35.
48. *Idem*, p. 36.
49. Ver María José Lubertino, "La 'armonía con la Naturaleza' entre los principios ambientales del derecho latinoamericano". Para el concurso de la *Revista Ambiental de la Universidad de Palermo*, 2017. Trabajo seleccionado (inédito).

> y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Para esta Constitución la Naturaleza posee valores intrínsecos (también llamados valores propios), que están en los seres vivos y en el ambiente, y que no dependen de la utilidad o consideración humana. Dicha postura estableció que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad tiene la facultad de exigir el cumplimiento de los "derechos de la naturaleza" (artículo 71 y ss.).[50]

La Constitución de Bolivia (2009, y ya en la de 2004) plantea criterios refundacionales,[51] ambientales,[52] multiculturales y pluriétnicos, reconoce a la Madre Tierra y asume los *principios del Buen Vivir.*[53] En forma expresa encontramos los *principios de vivir bien, vida armoniosa, vida buena, tierra sin mal* (art. 8.I), *sustentabilidad intergeneracional e ínter-seres vivos* ("desarrollo normal y permanente", art. 33) y *corresponsabilidad Estado-ciudadanía* (derecho individual y colectivo, art. 34).

En el nivel legislativo sancionaron la Ley 71 de Derechos de la Madre Tierra en 2010 y la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para el Vivir Bien (Ley 300) en 2012.

La Constitución de Nicaragua (2014, con sus reformas incorporadas) reconoce como sujeto de derecho a la *Madre Tierra –Bien Común Supremo y Universal–*[54]

50. En la línea del ecocentrismo, propone una nueva forma de convivencia ciudadana en diversidad y *armonía con la Naturaleza*, a la que reconoce como sujeto, para alcanzar el Buen Vivir. En el art. 11 consagra la *operatividad* de los derechos constitucionales y de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales (inc. 3), *in dubio pro vigencia derechos* (inc. 5), *inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía de derechos* (inc. 6), compatibilidad con otros derechos (inc. 7), *progresividad* e *inconstitucionalidad acciones u omisiones regresivas* (inc. 8). Dedica el capítulo II del Título II a los *Derechos del Buen Vivir* (Sección I Agua y alimentación y Sección II *Ambiente Sano*) y todo el Título VII al *Régimen del Buen Vivir*.

51. Ver Preámbulo.

52. Ver capítulo quinto, "Derechos sociales y económicos", Sección I. Derecho al medio ambiente, artículos 33 y 34.

53. Artículo 8. I. "El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suma (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qama*ña (vivir bien), ñ*andereko (vida armoniosa)*, teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)".

54. Artículo 60: "Los nicaragüenses tienen *derecho de habitar en un ambiente saludable*, así como la *obligación de su preservación y conservación. El bien común supremo y universal,*

y reivindica como principios la *equidad*, *redistribución de la riqueza*, *dignidad humana*, *solidaridad* (art. 5), *producción y consumo sustentables, la equidad social en la humanidad*, *consumo responsable y solidario, buen vivir comunitario* y asume y hace suyo íntegramente el texto de la *Declaración Universal del Bien Común de la Tierra y de la Humanidad*.[55]

"Estas normas marcan un quiebre importante respecto de la perspectiva occidental moderna sobre la cuestión de los recursos naturales, la naturaleza y la relación entre lo humano y lo no humano a partir de la asignación de categoría de sujeto de derecho a la Pachamama o Madre Tierra", dice Valeria Berros.[56]

*-Buen Vivir*[57]

Son los principios de las culturas ancestrales de armonía con la Naturaleza y convivencia entre seres que nos permiten alcanzar el Vivir Bien: integralidad[58] y

*condición para todos los demás bienes, es la madre tierra; esta debe ser amada, cuidada y regenerada. El bien común de la Tierra y de la humanidad nos pide que entendamos la Tierra como viva y sujeta de dignidad.* Pertenece comunitariamente a todos los que la habitan y al conjunto de los ecosistemas.
*La Tierra forma con la humanidad una única identidad compleja; es viva y se comporta como un único sistema autorregulado formado por componentes físicos, químicos, biológicos y humanos, que la hacen propicia a la producción y reproducción de la vida y que, por eso, es nuestra madre tierra y nuestro hogar común.*
*Debemos proteger y restaurar la integridad de los ecosistemas, con especial preocupación por la diversidad biológica y por todos los procesos naturales que sustentan la vida.* […]"
55. Elaborada como aporte para la reinvención de las Naciones Unidas por Miguel d'Escoto Brockmann, expresidente de la Asamblea de la ONU 2008-2009, y Leonardo Boff, profesor emérito de ética de la Universidad de Río de Janeiro, y presentada a la Cumbre de los Pueblos de 2009. En http://servicioskoinonia.org/logos/articulo.php?num=118.
56. Valeria Berros, "Alimentación, buen vivir y derechos de la naturaleza: una breve mirada desde América Latina", en *Penser une démocratie alimentaire Volume II* - Proposition Lascaux entre ressources naturelles et besoins fondamentaux, 2014, HAL-Archives-ouvertes.fr. Disponibles en https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01084452/document (consultado el 15 de agosto de 2018).
57. Ver también María José Lubertino, *El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa (1996-2017)* (tesis doctoral). Para Doctorado UBA Derecho. Buenos Aires, julio 2018, pp. 83-88, y María José Lubertino, "Los Principios Ambientales Ancestrales del Buen Vivir en el Derecho Latinoamericano y su vigencia en el Derecho Argentino". Buenos Aires, septiembre 2017, 100 pp. Tesina en la Especialización en Derecho Ambiental. Facultad de Derecho, UBA (inédita).
58. Como la compleja interrelación, interdependencia y la funcionalidad de todos los componentes de la Madre Tierra (art. 2, inc. 3 del proyecto de Ley Marco de los Derechos de la Madre Tierra del Parlatino). Aunque ya en los Fundamentos de la Declaración de Río de 1992 se hablaba de "reconociendo la naturaleza integral e interdependientes de la Tierra nuestro hogar". Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992. Disponible en http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm (consultado por última vez 23 de setiembre de 2017).

garantía de regeneración de la Madre Tierra, equidad intra e intergeneracional, no mercantilización de la Naturaleza e interculturalidad entre otros.[59]

*Los Principios del Buen Vivir:*

Vivir Bien o Buen Vivir, es la vida en plenitud. Es saber vivir en armonía y equilibrio, en armonía con los ciclos de la Madre Tierra, del cosmos, de la vida y de la historia, y en equilibrio con toda forma de existencia. Y ese justamente es el camino y el horizonte de la comunidad; implica primero saber vivir y luego convivir. No se puede Vivir Bien si los demás viven mal, o si se daña la Madre Naturaleza. Vivir Bien significa comprender que el deterioro de una especie es el deterioro del conjunto.

Nos dice Alberto Acosta, al hablar de "Buen Vivir o Sumak Kawsay (en kechwa), como se dice en Ecuador, o de Vivir Bien o sumak kawasay (en kichwa) o suma qamaña (en aymara), como se acostumbra a decir en Bolivia pensamos en plural. Es decir, nos imaginemos buenos convivires".[60]

En Ecuador se ha traducido como "Buen vivir" aunque expertos en lengua quechua coinciden en señalar que la traducción más precisa sería "la vida en plenitud o la vida en esplendor, expresa lo supremo, la vida en el sistema comunitario".[61] En Bolivia la palabra original en aymara es Suma Qamaña que se ha traducido como "Vivir bien". Según Acosta:

> El Buen Vivir sintetiza vivencias más que conceptos o teorías. Se nutre de los valores, de las experiencias y sobre todo de las múltiples prácticas existentes en comunidades indígenas […] En la medida que recoge la continuidad de la vida en armonía de los seres humanos viviendo en comunidad y de estos viviendo en armonía con la Naturaleza, posiblemente desde hace cientos de años, nos ofrece una serie de lecciones de cómo se podrían imaginar otros mundos en donde quepan todos los mundos, siempre asegurando la justicia social y la justicia ecológica […] Esas uto-

59. "Todo el pueblo Latinoamericano y Caribeño, al formar parte de la comunidad de seres que componen la Madre tierra, promoverá, defenderá y cumplirá los derechos establecidos en la presente Ley Marco, de forma compatible con sus derechos individuales y colectivos" (art. 6 del Proyecto de Ley Marco de los Derechos de la Madre Tierra del Parlatino).
60. Reportaje de Kathrin Hartman a Alberto Acosta, 29/5/2017. El exministro de Energía y Minas y expresidente de la Asamblea Constituyente de Ecuador habla del Buen Vivir y cómo superar el capitalismo. Alberto Acosta, "El desarrollo es un espejismo", http://www.rebelion.org/noticia.php?id=227188.
61. Luis Macas, "Sumak Kawsay". Ver en https://decrecimientoybuenvivir.files.wordpress.com/2011/01/sumak-kawsay-luis-macas.pdf.

> pías andinas y amazónicas, emparentadas con otras formas similares de vida a lo largo y ancho del planeta, se plasman –de diversas maneras– en su discurso, en sus proyectos políticos y en sobre todo en prácticas sociales y culturales, inclusive económicas […] Estas cosmovisiones, atadas a territorios específicos, plantean opciones diferentes a la cosmovisión occidental al surgir de raíces comunitarias no capitalistas, armónicamente relacionadas con la Naturaleza. Desde esa lectura, el Buen Vivir plantea una transformación de alcance civilizatorio al superar las visiones antropocéntricas para abrir las posibilidades a aproximaciones sociobiocéntricas, aunque en realidad se trata de una trama de relaciones armoniosas vacías de todo centro; comunitaria, no solo individualista; sustentada en la pluralidad y la diversidad, no unidimensional, ni monocultural.[62]

Según Luis Macas, "hay que transformar fundamentalmente las viejas estructuras del Estado y la institucionalidad vigentes y construir una nueva, pero hecha con nuestras manos, con las manos del pueblo. No se trata, de una propuesta para indígenas, sino para la humanidad, es más, consideramos que es una construcción de una opción de vida para todas y todos".[63]

Para David Choquehuanca, "el Buen Vivir es buscar la vida en comunidad, donde todos los integrantes se preocupan por todos. Lo más importante es la vida en un sentido amplio, no el individuo ni la propiedad. Tal cosmovisión en búsqueda de la armonía exige, como es obvio, la renuncia a todo tipo de acumulación".[64]

La socióloga Guadalupe Rivadeneira señala que el concepto de Sumak Kawsay ha sido vivido "desde siempre" y aparece recién sistematizado y conceptualizado en 1994 por los kichwas amazónicos de la Organización de Pueblos Indígenas de Pastaza (OPIP), que entienden su chacra como la expresión del Sumak Kawsay. Según ella, "en la cosmovisión andina la lógica es la paridad (todo dos), la complementariedad y la aceptación de la diversidad, que entiende al ser en su relacionalidad, donde los individuos se entienden como rizomas y trata del equilibrio entre diferentes (Lajo, 2005) […] Para la lógica andina, el sentir es 'otra' forma de conocer al mundo y a partir del sentir conjuntamente con el pensar se estructura el 'Illanar' o equilibrio entre el sentir y el pensar, propuesto por

62. Reportaje de Kathrin Hartman a Alberto Acosta 29/5/2017. El exministro de Energía y Minas y expresidente de la Asamblea Constituyente de Ecuador habla del Buen Vivir y cómo superar el capitalismo. Alberto Acosta: "El desarrollo es un espejismo" http://www.rebelion.org/noticia.php?id=227188.

63. Luis Macas, "Sumak Kawsay". Ver en https://decrecimientoybuenvivir.files.wordpress.com/2011/01/sumak-kawsay-luis-macas.pdf.

64. Entrevista en Radio Universidad de Chile al canciller de Bolivia David Choquehuanca, 31 de octubre de 2015, http://radio.uchile.cl/2015/10/31/el-buen-vivir-segun-el-canciller-de-bolivia-david-choquehuanca/.

Javier Lajo (2005, 2012), es decir se considera al ser en su integralidad, también propuesto por Guerrero (2007) en el 'Corazonar' o ponerle corazón a la razón".[65]

En idioma maya-quiché, Kaslamal pa ri Utzil es Vivir en el Bien. "Utzil es el bien en todos los órdenes y las dimensiones de la existencia. Implica un código de ética basado en el equilibrio para garantizar la coexistencia armoniosa entre todas las formas de vida del planeta, donde la diversidad cultural debe ser el espejo de la diversidad natural".[66] Para los mayas:

> La tierra no nos pertenece. Somos parte de ella y de los equilibrios que hacen posible la vida en su seno. La madre tierra nos da las energías. Vivimos en ella y a ella le damos vida. Tomamos de ella lo que necesitamos se lo devolvemos con sabiduría para que el calor del fuego de la vida no se apague, para que el reloj anual de las aguas mantenga puntualmente nuestros ciclos estacionales, para que la fuerza de los vientos ayude a los insectos y a los pájaros a llevar el polen…[67]

Los principios para vivir bien o vivir en plenitud, en este contexto, no deben entenderse como normas individuales sino siempre como principios en una relación de comunidad.

Hay una gran concordancia entre los pueblos que, cualitativamente, prima por sobre la división territorial de los países y esto tiene dos consecuencias: primero, los estados nación son plurinacionales y no homogéneos; y, segundo, se promueve la unidad de los pueblos de la región, lo que da sustento a la política latinoamericanista.

Los principios del derecho de los pueblos originarios (del Buen Vivir, Sumak Kawsay, Suma Qamaña, Armonía con la Naturaleza) expresamente reconocidos en varias Constituciones y documentos de Latinoamérica no solo son aplicables en esos países o a las propias comunidades, sino que en materia ambiental informan, iluminan y son derecho vigente en toda la región dado que dichos pueblos tradicionalmente la habitan, más allá de las actuales fronteras políticas.

65. Guadalupe Rivadeneira, "Sumak Kawsay en Sumpa - Santa Elena" (Ecuador, 1 de diciembre de 2013). Ver en https://lalineadefuego.info/2013/09/20/el-sumak-kawsay-en-sumpa-santa-elena-por-guadalupe-rivadeneira-nunez/ Consultado en julio 2017; Javier Lajo, *Illanar*, *Facultad Andina que supera al razonar*, 2012. Consultado en julio 2017, en http://www.scribd.com/doc/109719134/Illanar-superior-Al-Razonar; "¿Qué dice el Sumaj Kawsay? La Escuela Indígena de Qhapaj Ñan", Chasky Runasimi Noti Quechua, 2008. Consultado en julio 2017, en http:chaski-runasimi.blogspot.com/2007/08/qu-dice-el-sumaj-kawsay.html; *Qhapaj Ñan, La Ruta Inka de la Sabiduría*. Quito, Abya-Yala, 2005; Patricio Guerrero, *Corazonar. Una antropología* comprometida con la vida, Paraguay, Ed. Fondec, 2007.
66. Rigoberta Menchú Tum, *Hacia una cultura de la Paz*. Buenos Aires, Lumen, 2002, p. 7.
67. *Idem*, p. 8.

No hay verdadero reconocimiento a los pueblos originarios si sus principios no son acogidos.[68]

Todas las Constituciones en Latinoamérica reconocen el derecho al ambiente con mayor o menor profundidad y extensión.[69] Algunas incorporan expresamente varios principios ambientales con rango constitucional, aunque en otros casos estos están consagrados en sus leyes generales del ambiente o códigos ambientales.[70] Pero son particularmente las nuevas constituciones de Bolivia (2009) y Ecuador (2008), como hemos visto, las más avanzadas por su reconocimiento de la Naturaleza como sujeto y los principios del Buen Vivir, pero también son importantes las perspectivas de la Constitución de Nicaragua (2014) y la pionera Constitución de Venezuela (1999).[71] Las tres primeras se inscriben manifiesta y expresamente en el nuevo paradigma de la ecología profunda.

> Lo que caracteriza a las reformas legislativas del buen vivir/vivir bien es, por un lado, la impugnación del concepto de desarrollo promovido por la ideología neoliberal y, por el otro lado, el reconocimiento de un conjunto de derechos fundamentales que no han sido plasmados en

68. Ver mi tesina para la Especialización en Derecho Ambiental, UBA: "Los Principios Ambientales Ancestrales del Buen Vivir en el Derecho Latinoamericano y su vigencia en el Derecho Argentino". Buenos Aires, septiembre 2017 (inédita).

69. En diferente medida las Constituciones de Guatemala (1985, reformada en 1993), Costa Rica (1949, con 18 reformas hasta 2015), República Dominicana (2015), Panamá (1972, con varias reformas hasta 2004), Cuba (1976, con las reformas de 1992 y 2002), Colombia (1991), Perú (Constitución de 1993, con reformas hasta 2015), Paraguay (1992) y Uruguay (1967, con reformas hasta 2004) receptan los diversos principios ambientales. En su extensísima Constitución, Brasil (1988) atribuyó, en forma inédita para su época, al derecho al ambiente el estatus de derecho fundamental del individuo y de la colectividad, consagrando la protección ambiental y expresamente la diversidad e integridad del patrimonio genético como uno de los objetivos fundamentales del Estado brasileño (artículo 225 y artículo 5º, § 2º. Capítulo VI). Aparecen en el art. 225 los principios de *corresponsabilidad* Estado-colectividad, *prevención*, *equidad intergeneracional*, *precautorio* (incs. 4, 5 y 7) y *responsabilidad* del generador. México (Constitución 1917, con reformas hasta 2016) consagra el derecho al ambiente (art. 4) pero no prevé principios, dejándolos para leyes derivadas. Aun las Constituciones más rezagadas de El Salvador, Honduras y Chile reconocen el derecho al ambiente y sus principios básicos.

70. FARN, "Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica", en Simposio de jueces y fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la norma ambiental, 23 y 24 de septiembre 2003. Buenos Aires, 2003, p. 141, y Neófito López Ramos, "Resúmenes de sentencias ambientales pronunciadas por órganos judiciales de países de América Latina", PNUMA, serie de documentos sobre derecho ambiental 11, 2003.

71. La Constitución de Venezuela (1999) refunda la República multiétnica y pluricultural y consagra "para esta y las futuras generaciones […] *el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad…*" (Preámbulo), y en materia ambiental expresamente los principios de *sustentabilidad* (artículo 112) y *equidad intra e intergeneracional* (art. 127).

> otras constituciones modernas y cuyo objeto es, en términos occidentales, la protección de los "bienes comunes"[72] tanto "naturales" como "culturales".[73]

Casi todas las Constituciones de América latina, algunas antes, otras más tarde, incorporan el reconocimiento de la preexistencia y los derechos de los pueblos originarios,[74] con mayor o menor extensión –salvo el caso de Uruguay y Chile–, lo que se subsana por su firma y ratificación del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración sobre Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. Es por esta vía que entendemos que los Principios del Buen Vivir son derecho vigente en toda la región y deben ser principios a tener en cuenta en la interpretación de otras normas en todos los casos, aunque no estén expresamente reconocidos en las Constituciones.[75]

Además varios países han sancionado leyes en la materia desagregando principios y reglas del Buen Vivir, siendo las leyes de Bolivia las más detallistas y con los más altos estándares.[76]

-Los Derechos de la Naturaleza en el Derecho Internacional no convencional o Soft law: los documentos acordados por el Estados comienzan a receptar las declaraciones impulsadas por la sociedad civil global y los movimientos ecologistas y de pueblos originarios en:

-Declaración "El Futuro que Queremos" (Rio+20, 2012) Los/as jefes/as de Estado y de las Naciones Unidas, aprueban en el considerando:

72. Francesca Bellotti, "Entre bien común y buen vivir. Afinidades a distancia", en Íconos, Revista de Ciencias Sociales, 48, Quito, 2014. Citada por Dabel Leandro Franco y Cinthia Giuliana Balaudo, "La Emergencia del Principio de Desmercantilización en América Latina". Ponencia para el V Congreso Argentino de Derecho Ambiental, 1 y 2 de diciembre de 2016, En Néstor A. Cafferatta (dir.), *Revista de Derecho Ambiental* Nº49. Enero/Marzo 2017, p. 16.

73. Dabel Leandro Franco y Cinthia Giuliana Balaudo, "La Emergencia del Principio de Desmercantilización en América Latina". Ponencia para el V Congreso Argentino de Derecho Ambiental, 1 y 2 de diciembre de 2016, En Néstor A. Cafferatta (dir.), *Revista de Derecho Ambiental* Nº49. Enero/Marzo 2017, p. 16.

74. Ver José Martínez Cobo (1986), "Estudio del problema de la discriminación en contra de las poblaciones indígenas", Documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1986/7 y Add. 1-4. Además ver la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones. 28 de noviembre de 2007, Serie, C Nº172.

Para la recepción del Derecho Indígena y el reconocimiento de Pueblos Originarios en las Constituciones Latinoamericanas, ver Gonzalo Aguilar, Sandra La Fosse, Hugo Rojas, Rebecca Steward, "The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America", en *Pace International Law Review Online Companion*, Vol. 2, N°2, septiembre de 2010, pp. 44-104, disponible en Internet.

75. Ver mi tesina para la Especialización en Derecho Ambiental, UBA, "Los Principios Ambientales Ancestrales del Buen Vivir en el Derecho Latinoamericano y su vigencia en el Derecho Argentino". Buenos Aires, septiembre 2017 (inédita).

76. Ver Leyes 71 y 300 de Bolivia.

> 39. Reconocemos que el planeta Tierra y sus ecosistemas son nuestro hogar y que "Madre Tierra" es una expresión común en muchos países y regiones, y observamos que algunos países reconocen los derechos de la naturaleza en el contexto de la promoción del desarrollo sostenible. Estamos convencidos de que, para lograr un justo equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, es necesario promover la *armonía con la naturaleza* [el resaltado es nuestro].

Para llegar a este texto que incorpora la perspectiva biocéntrica o ecologista profunda se recorrió un largo camino de antecedentes, Foros y Cumbres de sociedad civil y movimientos sociales que fueron sistematizando estos postulados y consensuando globalmente principios, donde las organizaciones latinoamericanas y el reconocimiento de las perspectivas de nuestros pueblos originarios tuvieron un rol relevante.[77]

-Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible,[78] que incluye 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, entre ellos en especial el Objetivo 12, meta 12.8, que busca "asegurar que las personas de todo el mundo tengan la información y los conocimientos pertinentes para el desarrollo sostenible y los estilos de vida en armonía con la naturaleza".

-Nueva Agenda Urbana, aprobada en la Conferencia de Hábitat III, Quito 2016.[79] Aunque continúa el paradigma antropocéntrico del desarrollo sostenible, la utilización "responsable" de los recursos y la "resiliencia", incluye la "diversidad cultural" como valor (punto 10), nuevas modalidades de consumo y producción "sostenibles" (puntos 11, 13.h y 14.c), la "función social y ecológica de la tierra" (punto 13) y establece el compromiso de "garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; proteger los ecosistemas y la diversidad biológica, entre otras cosas alentando la adopción de estilos de vida saludables en armonía con la Naturaleza; […]" (punto 14.c).

77. Ver las Iniciativas y Consensos de Sociedad Civil global y regional en materia ambiental en el punto 1.3.5. de mi tesis doctoral *El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa*. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2019.
78. Aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. Disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/L.1&Lang=S. Consultado el 17 de septiembre de 2017.
79. Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III). Quito, 17 a 20 de octubre de 2016. Aprobación del documento final de la Conferencia. Nueva Agenda Urbana y Declaración de Quito sobre Ciudades y Asentamientos Humanos Sostenibles para Todos; ver en http://habitat3.org/wp-content/uploads/Draft-Outcome-Document-of-Habitat-III-S.pdf. La Asamblea General de las Naciones Unidas refrendó la Nueva Agenda Urbana el 23 de diciembre de 2016. Ver en http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Spanish.pdf (consultada en 6 de abril de 2018).

*-Leyes Marco y Declaraciones del Parlatino*[80]

Aunque no tienen carácter vinculante, desde este organismo regional permanente se han elaborado anteproyectos, proyectos y propuestas de leyes marco en diversos campos, entre los que se destacan muchos en materia ambiental[81] y particularmente con una clara perspectiva ecocéntrica:

-Proyecto de Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra (El Salvador 18 de junio de 2010. Comisión de Medio Ambiente; hacen un llamado a ONU para adoptar esta declaración).[82]

-Carta Ambiental para América Latina y El Caribe[83] (Comisión de Medio Ambiente y Turismo, Panamá 19 de octubre de 2013).

80. El Parlamento Latinoamericano (Parlatino) es un organismo regional, permanente y unicameral, integrado por los parlamentos nacionales de América Latina, elegidos democráticamente, cuyos países suscribieron el correspondiente Tratado de Institucionalización el 16 de noviembre de 1987, en Lima, Perú, y aquellos cuyos Estados que adhirieron de conformidad con su Estatuto. Entre sus objetivos: "[…] Oponerse a la acción imperialista en América Latina, recomendando la adecuada legislación normativa y programática que permita a los pueblos latinoamericanos el pleno ejercicio de la soberanía sobre su sistema económico y sus recursos naturales" (art. 4, inc. e de su Estatuto). Ver PNUMA / Parlatino. "Aportes Legislativos de América Latina y El Caribe en materia de Cambio Climático", César A. Ipenza Peralta (ed.), Panamá, noviembre 2015.

81. Proyectos de Leyes Marco sobre Categorización de Áreas Protegidas. Panamá, 27 de noviembre de 2015; Energías Renovables, Panamá, 26 de julio de 2014; "Protección del Medio Ambiente Marino Costero, en Especial los Sistemas Ecológicos de Arrecifes de Coral, Manglares y Praderas Marinas, Cuba, 7 de septiembre de 2014; Educación para la Sustentabilidad, Argentina, 29 de mayo 2014; Ecoturismo en Áreas Protegidas, Comisión de Medio Ambiente y Turismo, Panamá, 3 de diciembre de 2014.

82. Tiene como antecedente la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra. Acuerdo Pueblos 22 de Abril 2010 Cochabamba. Ver apartado IV. 5 de esta ponencia. Critica el sistema capitalista y todas las formas de depredación que ponen en *riesgo* la vida. Afirma que para garantizar los derechos humanos es necesario defender los derechos de la Madre Tierra y de todos los seres que la componen, y que existen culturas, prácticas y leyes que lo hacen. Ver su art. 1: "La Madre Tierra es una comunidad única, indivisible y auto-regulada, de seres interrelacionados *que sostiene, contiene y reproduce a todos los seres que la componen* […] 7. Los derechos de cada ser están limitados por los derechos de otros seres, y cualquier conflicto entre sus derechos debe resolverse de manera que mantenga la integridad, equilibrio y salud de la Madre Tierra", en art. 4 j) énfasis en prevención y precaución.

83. Reconoce la *Madre Tierra* e incluye en su sección I Principios para garantizar la integridad del ambiente y de la Comunidad de la Vida en la región y el mundo (entre otros *prevención* (en general en 1 y especialmente en 1b, 5, especialmente 5a y e); *sustentabilidad* (en 1a, d, e, f, 3, 4, 5e viii), 6b, 7, especialmente 7b y c, 8 y 9b y c); *prevención/precaución* (en 2 y especialmente 2a, d y e); *responsabilidad* (en 2b y 7d), *cooperación* (4a); *gobernanza / trasparencia* (en 7d); *participación* (8b) y establece "reconocer y preservar el conocimiento tradicional y la sabiduría espiritual en todas las culturas que contribuyen a la protección ambiental y al bienestar de nuestros pueblos" (4b) y derecho de los pueblos indígenas a su espiritualidad, conocimientos, tierras y recursos y su modo de vida sustentable (9b); en su sección II Principios para avanzar hacia la Justicia Social y Económica y en la sección III Principios para consolidar la democracia y la paz. Verla en http://parlatino.org/pdf/leyes_marcos/leyes/carta-ambiental-pma-19-oct-2013.pdf.

-Proyecto de Ley Marco de los Derechos de la Madre Tierra[84] (Comisión de Medio Ambiente y Turismo. Panamá, 19 de octubre de 2013).

*Iniciativas y Consensos de Sociedad Civil global y regional en materia ambiental:*

De gran consenso global estos documentos han impulsado e incidido en la adopción de documentos e instrumentos por parte de los Estados. Algunos de los más importantes son:

-Declaración "Carta de la Tierra", de 2000.[85]

-Declaración Universal del Bien Común de la Tierra y de la Humanidad.[86]

84. "Esta ley Marco orienta al conjunto de leyes específicas y de transformaciones institucionales, económicas, políticas, sociales, culturales y ambientales hacia el *Vivir Bien*, que es el *modelo civilizatorio y cultural alternativo a la modernidad y al desarrollo depredador*. […] supone una transformación del pensamiento jurídico, […] un desplazamiento epistemológico que retoma […] ciencias ancestrales de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos interculturales, afrolatinoamericanos, complementándolos con los saberes ecológicos, tecnológicos y ciencias multidisciplinarias de las teorías de la complejidad, de las teorías críticas al desarrollo depredador y la modernidad […] reorienta a los seres humanos, a las sociedades y los pueblos a reencontrarse con la Madre Tierra, reintegrándose a ella de una manera *complementaria* y estableciendo *reciprocidad* con la naturaleza y los seres que la componen" (Introducción). Reconoce los derechos de la Madre Tierra y alude como fundamentos a los principios de "*armonía y convivencia* que nos permita alcanzar el Vivir Bien", *integralidad* (compleja interrelación, interdependencia y la funcionalidad de todos los componentes de la Madre Tierra), primacía en el interés de los derechos de la Madre Tierra para el Vivir Bien de las generaciones actuales y las futuras *(in dubio pro Natura)* (*equidad intra e intergeneracional*), *no mercantilización* e *interculturalidad*. *"Todo el pueblo Latinoamericano y Caribeño, al formar parte de la comunidad de seres que componen la Madre Tierra, promoverá, defenderá y cumplirá los derechos establecidos en la presente Ley Marco, de forma compatible con sus derechos individuales y colectivos"* (art. 6). Ver en http://parlatino.org/pdf/leyes_marcos/leyes/proyecto-derechos-madre-tierra-pma-19-oct-2013.pdf.

85. Los organizadores de la Cumbre de Río 92, especialmente Maurice Strong, secretario general de la Cumbre y presidente del Consejo de la Tierra, y Mijaíl Gorbachov, presidente de Green Cross International, en 1994 retoman la elaboración de una Carta de la Tierra, con el apoyo de Ruud Lubbers, primer ministro de los Países Bajos. La "Earth Charter Commission" recibe adhesión de Juan Pablo II y el Dalai Lama. Es un ejemplo de instrumento globalmente consensuado que reconoce *derechos a la Naturaleza*, a la humanidad como parte de ella y a la Tierra como nuestro hogar. Ver Considerando I.

86. 2009 / febrero 2010. Elaborada por sacerdotes de la Teología de la Liberación, Leonardo Boff y Miguel D'Escoto, Nicaragua en 2014 la incorpora a su Constitución. Plantea que la Tierra *forma con la Humanidad una única entidad, compleja y sagrada*, y que, además, *la Tierra es viva y se comporta como un único sistema autorregulado formado por componentes físicos, químicos, biológicos y humanos.* Proponen renovar y articular orgánicamente el contrato natural con el contrato social buscando el "*bien vivir* a partir de la *sostenibilidad de los ecosistemas*, en *cooperación con los otros* y en *armonía con los ritmos de la naturaleza"*. Postula que *"estos ideales y criterios* […] *prolongan y refuerzan los derechos humanos*

-Acuerdo de los Pueblos. Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra (Cochabamba, 22 de abril de 2010).[87]

-Proyecto Declaración Universal del Bien Común de la Humanidad, de 2012.[88]

-Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra, de 2012.[89]

-Declaración Final del Foro Alternativo Mundial del Agua (Marsella 2012).[90]

-Declaración de la Asamblea de los Movimientos Sociales del Foro Social Mundial (Túnez 2013)[91] y Declaración de la Asamblea de los Movimientos Sociales del Foro Social Mundial (Túnez 2015):[92] en la misma línea establecen

---

contenidos en la Declaración […], que será ahora enriquecida…" (art. 22). Ver el texto completo en http://servicioskoinonia.org/logos/articulo.php?num=118.

87. Plantea los efectos catastróficos en la crisis terminal del modelo civilizatorio patriarcal. Cuestiona el paradigma capitalista extractivista y postula forjar un nuevo sistema que restablezca la *armonía con la naturaleza y entre los seres humanos*, recuperar y revalorizar sabidurías y prácticas ancestrales de los Pueblos Indígenas, afirmados en la vivencia de "Vivir Bien", "reconociendo a la Madre Tierra como ser vivo, con el cual tenemos una relación indivisible, interdependiente, complementaria y espiritual". Presentan una *Declaración Universal de Derechos de la Madre Tierra* y exigen a los Estados que garanticen la efectiva aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos y los derechos de los Pueblos Indígenas. Proponen constituir un Tribunal Internacional de Conciencia por violaciones de derechos emigrantes y desplazados/as y respaldar la presentación de demandas en la CIJ contra los países que no cumplen sus compromisos sobre Cambio Climático y la *creación de un Tribunal Internacional de Justicia Climática.*

88. Elaborado por juristas y líderes sociales del mundo, presentado por el Foro Mundial de Alternativas a los Movimientos sociales y a las Organizaciones en la "Cumbre de los Pueblos" de Río de Janeiro en junio 2012, para recibir sus observaciones antes de su presentación formal en el Foro Social Mundial de 2013 en Túnez. En sus fundamentos plantea el *paradigma del "Bien Común de la Humanidad" o del "Buen Vivir".* Se trata de pasar de la explotación de la naturaleza, como recurso natural, al respeto de la Tierra como fuente de toda vida; de privilegiar el valor de uso sobre el valor de cambio en la actividad económica; de introducir el *principio de la democracia generalizada* y de promover la *interculturalidad y* formula en 18 artículos la *Declaración Universal del Bien Común de la Humanidad.* Ver el texto completo en http://www.ecoportal.net/Temas-Especiales/Desarrollo-Sustentable/Proyecto_Declaracion_Universal_del_Bien_Comun_de_la_Humanidad.

89. Elaborado por la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, en la misma línea pone de manifiesto el cambio de la visión internacional. La progresividad y la armonía con la Naturaleza impregnan todo.

90. En relación a los *pueblos originarios* reconoció "la importancia de sus concepciones del mundo, de las prácticas y saberes tradicionales y costumbres; *esenciales para la creación de alternativas frente al sistema de valores dominante, sistema regido solo por una lógica econ***ó***mica*" y habla de la "preservación y la integridad del ciclo del agua reconociendo los *derechos de los ecosistemas y de las especies*" y apelando a la "elaboración y el reconocimiento de los *derechos de la naturaleza* para garantizar a la biosfera –y a sus habitantes– la protección necesaria de su equilibrio y perennidad".

91. Túnez, 29 de marzo de 2013. Ver completa en https://alterglobalizacion.wordpress.com/2013/03/30/declaracion-de-la-asamblea-de-los-movimientos-sociales-fsmundial-tunez-2013/ (consultado el 23 diciembre de 2017).

92. Túnez, 27 de marzo de 2015. Ver completa en: http://www.cadtm.org/Declaracion-de-la-Asamblea-de-los,11451 (consultado el 23 diciembre de 2017).

interesantes postulados sobre seguridad alimentaria, agricultura campesina y justicia climática.

Los documentos de la sociedad civil global van siendo lenta y acordadamente receptados oficialmente por algunos documentos de Naciones Unidas:

-Informes del Secretario General de ONU "Armonía con la Naturaleza": A/65/314 (2010), A/66/302 (2011), A/ 67/317 (2012), A/68/325 (2013), A/69/322 (2014), A/70/268 (2015) y A/71/ 266 (2016).

-Resoluciones ONU "Armonía con la Naturaleza": Res. 64/196 (2009), 65/164 (2010), 66/204 (2011), 67/214 (2012).

### *Tribunal Internacional por los Derechos de la Naturaleza.*[93]

Esta es otra iniciativa de la sociedad civil global, que retoma la experiencia de "tribunales" del movimiento de mujeres para las violaciones a los DDHH de las mujeres y otros similares en relación a la violación de otros derechos.

Así, en la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, después de adoptarse por más de 35.000 personas, la Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra, el 20 de abril de 2010, en Cochabamba, Bolivia, declaración que plantea el derecho a la Naturaleza a existir y respetar su derecho a la regeneración y restauración integral, ante la inacción de los gobiernos, la sociedad civil global toma el liderazgo para hacerlos realidad.

Con esta finalidad se desarrolló el primer Tribunal Permanente por los Derechos de la Naturaleza y de la Madre Tierra el viernes 17 de enero de 2014 en Quito, Ecuador, presidido por la Dra. Vandana Shiva. El Tribunal promueve una nueva visión para vivir en armonía con la tierra a través del reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza. Las sentencias llaman a la definición de nuevos modelos económicos, sistemas sociales y estructuras de gobernanza para crear un nuevo camino que reconozca la interdependencia de los humanos y los sistemas de la Tierra.

Durante este Tribunal, los importantes jueces, de gran autoridad ética, provenientes de todas las regiones del mundo, admitieron siete casos puntuales: la contaminación del caso Chevron-Texaco (Ecuador); el derrame de BP Deep Horizon (EE.UU.); el proyecto de extracción de petróleo Yasuní-ITT (Ecuador); la amenaza contra el Gran Arrecife de Coral debido a la minería de carbón (Australia); la minería metálica a cielo abierto en Cóndor Mirador (Ecuador); los casos de fractura hidráulica (EE.UU.) y el caso de la persecución contra los

93. Global Alliance for the Rights of Nature, http://therightsofnature.org/tribunal-internacional-derechos-de-la-naturaleza/ (consultado el 14 de agosto de 2018).

defensores de la Naturaleza (Ecuador). Se admitieron además dos casos de escala global que representan violaciones sistemáticas de los Derechos de la Madre Tierra: la amenaza de los organismos genéticamente modificados o transgénicos y el cambio climático.

A partir de este Tribunal semilla, se han desarrollado cuatro salas especiales alrededor del mundo en el 2014: dos relacionadas al caso Yasuní en Ecuador; una el 11 de abril presidida por Boaventura de Sousa Santos; la siguiente solicitada por la Comisión Especial del Yasuní el 15 de agosto de 2014, presidida por George Caffentzis; una por el caso Chevron y la industria de combustibles fósiles el 5 de octubre en San Francisco, EE.UU., liderada por Anuradha Mittal; y una por el arrecife de Coral el 15 de octubre en Australia, liderada por Brendan Mackey.

Durante el primer Tribunal Permanente por los Derechos de la Naturaleza en enero de 2014 se estableció que el Tribunal se volvería a juntar en pleno en diciembre de 2014. Lima, Perú, fue sede del segundo Tribunal Permanente por los Derechos de la Naturaleza, los días 5 y 6 de diciembre de 2014.

Se definió entonces de manera estable como objetivo del Tribunal Permanente de Derechos de la Naturaleza el de promover el respeto universal y la garantía de los derechos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra y una coexistencia armónica entre los seres humanos y el resto de seres de la naturaleza. Tiene la jurisdicción de investigar y dictaminar cualquier violación seria de los derechos, o infracción de responsabilidades establecidas en la Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra, sean estas cometidas por organizaciones internacionales, Estados, personas jurídicas privadas o públicas o individuos.

Se acordaron como funciones del Tribunal: el Tribunal debe escuchar los casos de presuntas violaciones a los Derechos de la Naturaleza (incluyendo potenciales amenazas), inscritos en la Declaración Universal por los Derechos de la Madre Tierra con el fin de determinar si ha habido o no una violación, las causas y responsables de la violación y las medidas que se deben tomar para prevenir que se repitan esas violaciones así como las medidas para restaurar integralmente los daños a la naturaleza y a las comunidades afectadas; daños producidos o que puedan producirse como consecuencia de la violación o amenaza. El Tribunal puede recomendar a las partes involucradas y participar en el asunto como mediador acerca de los procedimientos de justicia restaurativa y otros medios para llegar a acuerdos sobre medidas para prevenir las violaciones los Derechos de la Naturaleza inscritos en la Declaración Universal y para restaurar integralmente los daños producidos. El Tribunal debe emitir opiniones consultivas que para la aplicación de la Declaración Universal en casos particulares y promover la coexistencia armónica de los seres humanos con los demás seres de la naturaleza; puede emitir medidas provisionales que se deben tomar para preservar los

Derechos de la Naturaleza. El Tribunal debe aceptar o rechazar casos y emitir sentencias sobre los casos tras la presentación de evidencias y debe publicar su trabajo, sentencias, fallos, opiniones consultivas, entre otros.

Hubo nuevas reuniones del Tribunal Internacional por los Derechos de la Naturaleza, la tercera en París en 2015[94] y la cuarta en Bonn en noviembre de 2017.[95]

Sobre estas bases, muchos/as, desde diferentes lugares del mundo, promovemos un acuerdo de los distintos países que se comprometan a respetar la Naturaleza, creando distintos mecanismos de protección, para evitar la destrucción de bienes que resultan irrecuperables. A tal efecto propiciamos la creación de un Tribunal Penal Internacional, para juzgar los delitos ambientales, que deberían ser considerados imprescriptibles.

## 6. Los ríos como seres vivos y sus derechos

En distintos lugares del mundo se están dando avances normativos (leyes y fallos) que reconocen a los ríos como sujetos de derecho, producto en gran medida del reconocimiento o acuerdos entre los Estados y pueblos originarios en relación al estatuto legal de ríos.[96]

-Río Whanganui en Nueva Zelanda.[97] Act 2017 de Nueva Zelanda, sancionada el 20 de marzo de 2017.

La ley llega como corolario del acuerdo firmado entre el gobierno neocelandés y los Whanganui Iwi (pueblo o gente del Whanganui) después de 160 años de lucha de este pueblo para que se reconozca al río como persona. Al respecto, comentan Berros y Colombo:

> Esta no es la primera vez que Nueva Zelanda realiza este tipo de reconocimientos. En 2013 lograron un acuerdo similar con otro pueblo maorí llamado Tuhoe para reconocer el estatuto legal de persona al Parque Nacional Te Urewera. Más recientemente, en diciembre de 2017, el Monte Taranaki compartió este mismo destino en el mencionado país,

94. 3rd International Rights of Nature Tribunal, París 2015, http://therightsofnature.org/rights-of-nature-tribunal-paris/ (consultado el14 de agosto de 2018).
95. 4th International Rights of Nature Tribunal, Bonn 2017, http://therightsofnature.org/4th-international-rights-of-nature-tribunal-bonn/ (consultado el14 de agosto de 2018).
96. Ver también Valeria Berros y Rafael Colombo, "Miradas emergentes sobre el estatuto jurídico de los ríos, cuencas y glaciares", en *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'ambiente*, Saggi, Nº1, 2017. G. Giappichelli Editore, pp. 32-71.
97. New Zealand Legislation, Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017 de Nueva Zelanda, sancionada el 20 de marzo de 2017. Disponible en http://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html (consultado el 21 de septiembre de 2017).

> otorgándosele personalidad jurídica y un sistema de custodia compartida entre pueblos indígenas y el gobierno.[98]

Sobre el reconocimiento legal como sujeto viviente, el ministro a cargo de las negociaciones, Chris Finlayson, afirmó en declaraciones para el *New Zealand Herald*: "Sé que algunas personas se inclinarán inicialmente a decir que es sumamente extraño dar a un recurso natural una personalidad jurídica […] pero no es más extraño que un fideicomiso familiar, o una compañía o una sociedad incorporada".[99]

-Río Vilcabamba en Ecuador.[100]

El fallo de la Corte provincial de Loja del 31 de marzo de 2011 es la primera sentencia en la que se reconoce el derecho del río Vilcabamba a su propio cauce natural, frente a la pretensión de ensanche de una carretera impulsado por el crecimiento del turismo al Valle de la Longevidad. Se sustenta en el texto constitucional, dado que la Constitución reconoce derechos a la Naturaleza, con citas de Acosta y Leopold. No solo se exponen los perjuicios causados por el proyecto sino también, y principalmente, el menoscabo del derecho del río como componente de la naturaleza y su derecho a que se respete integralmente su existencia como prevé el art. 71 de la Constitución del Ecuador.

-Río Atrato en Colombia[101]

La Corte Constitucional en fallo del 10 de noviembre de 2016 revoca la sentencia del Consejo de Estado que confirmaba el fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamraca, ambas rechazando la pretensión del Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna, en representación de varios consejos comunitarios del Chocó contra la Presidencia, siete ministerios, la Agencia Nacional de Minería y otras entidades del gobierno con el objeto de detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales.

La Corte reconoce que las formas de minería denunciadas incluían maquinaria pesada y sustancias tóxicas como el mercurio, lo que afectaba gravemente al río Atrato, a sus cuencas, ciénagas y humedales, provocando consecuencias nocivas

98. Valeria Berros y Rafael Colombo, *op. cit*., p. 37.
99. Así lo afirma la cadena de noticias BBC que toma las declaraciones del ministro para el diario nacional New Zealand Herald y que se pueden recuperar en http://www.bbc.com/mundo/noticias39291759. Citado por Berros y Colombo, *op. cit*.
100. Corte Provincial de Loja (Ecuador). Caso del río Vilcabamba. Juicio Nº11121-2011-0010. Fallo completo disponible en http://pachamama.org.ec/wp-content/uploads/2011/06/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf (consultado 21 de septiembre de 2017).
101. Corte Constitucional de Colombia, Sala 6ª de Revisión. Sentencia T-622 de 2016. Caso del río Atrato como sujeto de derechos. Disponible en https://justiciaambientalcolombia.org/2017/05/07/sentencia-rio-atrato/ (consultado el 21 de septiembre de 2017).

e irreversibles en el ambiente, y afectando con ello los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitan. Considera que se vulneraron los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes, siendo responsable el Estado colombiano en virtud de su conducta omisiva al no proveer una respuesta institucional, idónea y articulada. En la sentencia exhortativa se ordenan al Estado planes de acción en diferentes aspectos y en lo que refiere al tema en análisis se reconoce al río Atrato "como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas". Insta al gobierno nacional a que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río, a través de la institución que el Presidente designe, en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó, quienes estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del gobierno colombiano, y que serán los "guardianes del Río".

Asimismo, para asegurar la recuperación, protección y debida conservación del río, la Corte dispuso que estos representantes legales deberán diseñar y conformar una "Comisión de Guardianes del río Atrato", integrada por dos guardianes designados y un equipo asesor de organizaciones de la sociedad civil e instituciones gubernamentales académicas.[102]

Es muy valiosa toda la sentencia en la profundidad de sus argumentos ecocéntricos:

> 9.27. Precisamente, el desafío más grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental, consiste en lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella y la biodiversidad, no por la simple utilidad material, genética o productiva que estos puedan representar para el ser humano, sino porque al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades.

102. "Dicho equipo asesor podrá estar conformado y recibir acompañamiento de todas las entidades públicas y privadas, universidades (regionales y nacionales), centros académicos y de investigación en recursos naturales y organizaciones ambientales (nacionales e internacionales), comunitarias y de la sociedad civil que deseen vincularse al proyecto de protección del río Atrato y su cuenca. Sin perjuicio de lo anterior, el panel de expertos que se encargará de verificar el cumplimiento de las órdenes de la presente providencia (orden décima) también podrá supervisar, acompañar y asesorar las labores de los guardianes del río Atrato" (sentencia de la Corte Constitucional).

-Rios Ganges y Yamuna en la India[103]

El Ganges es venerado como "Ganga Mata", es decir, "Madre Ganges", fuente de vida y sustento para más de la mitad de la población india y en sus orillas se cumplen rituales sacros, contribuyendo así a que aumente el volumen de residuos.

El Tribunal Superior de Uttarakhand, estado del norte de la India, hizo historia el 20 de marzo de 2017[104] cuando reconoció a los ríos Ganges y Yamuna y a sus afluentes como una entidad viviente: "seres vivos […] con todos los derechos correspondientes, los deberes y las responsabilidades de una persona",[105] una semana después de que el parlamento de Nueva Zelanda otorgara al río Whanganui, venerado por los maoríes en la isla norte, el estatus de "persona jurídica" mediante una ley.

El abogado M. C. Pant en 2014 interpuso la demanda para que se reconocieran los derechos de estos ríos indios a petición de un residente de la ciudad sagrada Haridwar, en Uttarakhand, a orillas del Ganges, que "es como nuestra madre, pero está siendo descuidado".

Ambos ríos están altamente contaminados. Cada día, se calcula que más de mil millones de galones de residuos procedentes de alcantarillas, curtidurías de cuero, inodoros y demás acaban en el Ganges. El Yamuna, su principal afluente, ha sido contaminado con aguas residuales y desechos industriales y está estancado en algunos lugares. Los expertos dicen que la mayoría de las plantas de tratamiento de aguas residuales cerca de los ríos no están funcionando como deberían.

El fracaso de las campañas oficiales para su saneamiento se atribuye a la negligencia de la gestión de las cuencas fluviales, la falta de gobernanza de los recursos hídricos y la carencia de participación de las comunidades.

Algunos juristas criticaron la sentencia por la poca visión de conceder la tutela de los ríos solo al estado de Uttarakhand, ignorando los intereses de otros estados a través de los cuales fluyen esos cuerpos de agua. Los 2.525 km del Ganges también pasan por Uttar Pradesh, Bihar, Jharkhand y Bengala Occidental, y solo 96 km atraviesan Uttarakhand, y una pequeña parte de los 1.376 km

103. "Los ríos y sus derechos". Disponible en https://www.iagua.es/noticias/india/onu/17/09/07/rios-y-derechos (consultado el 13 de agosto de 2018); "¿Qué significa que los ríos tengan derechos?", en Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales, publicado el 22 de noviembre de 2017. Incluido en Boletín 234, disponible en https://wrm.org.uy/es/articulos-del-boletin-wrm/seccion1/que-significa-que-los-rios-tengan-derechos/ (consultado el 13 de agosto de 2018).

104. Sentencia Mohd Salim vs. State of Uttarakhand & others, High Court of Uttarakhandat at Nainital, 20.03.2017.

105. "A juristic person can be any subject matter other than a human being to which the law attributes personality for good and sufficient reasons. Juristic persons being the arbitrary creations of law, as many kinds of juristic persons have been created by law as the society require for its development. (See Salmond on Jurisprudence 12 th Edition Pages 305 and 306)" (fragmento de la sentencia).

de Yamuna –que también incluyen a Haryana, Himachal Pradesh, Delhi y Uttar Pradesh– está ubicada en el estado de Uttarakhand.

Otros cuestionaron que el fallo judicial pueda resolver el problema y se plantean la interrogante de si ambos ríos han sufrido por falta de protección legal o por falta de capacidad para iniciar acciones contra los contaminadores. Además, recalcan la necesidad de examinar si la corte superior, al nombrar guardianes para demandar a los contaminadores en nombre de los ríos, ha autorizado involuntariamente a las víctimas de contaminación y otros daños a demandar a cambio de indemnización.

La decisión de la corte refleja una sensación de urgencia en el esfuerzo por rescatar dos ríos muy importantes de la contaminación desenfrenada y de dejar atrás el paradigma "extractivista". La medida implica una oportunidad para sentar las bases de una legislación progresista y democrática que reconozca que los ríos deben ser vistos holísticamente en lugar de considerarse propiedad o ser gestionados en partes por diferentes organismos, y que debe haber una representación y participación democrática de las comunidades cuyas vidas están vinculadas con los ríos.

Sin embargo, la Corte Suprema de la India en julio de 2017 revocó aquella sentencia y sostuvo que el río Ganges y su afluente Yamuna no pueden ser considerados seres vivientes. Después de la sentencia de la Alta Corte, el gobierno de Uttarakhand presentó un recurso ante los jueces de la Corte Suprema, sosteniendo que "es imposible tornar efectivo" el nuevo estatus legal, y que el mismo solo habría de provocar complicaciones a nivel judicial. En cuanto "personas", cualquiera podría, de hecho, iniciar acciones contra el río, alegando las responsabilidades por eventuales anegamientos e inundaciones.

La Corte Suprema ha dado la razón a las autoridades locales. De todos modos, sigue abierta la cuestión de fondo: cómo limpiar el río de los restos y residuos depositados en él y mantener salubres las aguas de los cursos de agua.

## 7. El estado del debate en la Argentina

El avance del reconocimiento de los derechos de los animales es innegable y va ganando cada día socialmente más aliados/as. Ya hemos visto los avances en materia de reconocimiento judicial de los derechos de los animales sintientes, en paralelo con la prohibición legal de las carreras de galgos. También hay una proliferación de los proyectos de ley para el cierre de los zoológicos, sin que haya todavía una ley nacional y aun cuando el cierre del zoológico de la Ciudad de Buenos Aires devino en un fiasco de abandono animal y negocio privado cuyas batallas judiciales y en la Legislatura continúan.

También avanza la perspectiva ecocéntrica en el derecho ambiental, aunque, más lentamente, con importantes desarrollos doctrinarios y mucho más lento reconocimiento y activismo judiciales en la materia. Si bien los principios ambientales de la Ley General del Ambiente permiten una interpretación armónica con los principios de Buen Vivir, apenas tibiamente hay en algunas sentencias una alusión a la armonía con la Naturaleza.

En materia legislativa analizaremos a continuación el proyecto del Ley del senador Solanas sobre los derechos de la Naturaleza.

En cuanto a los derechos de los ríos, son escasos los planteos en la doctrina para su reconocimiento como sujetos.[106]

Puede afirmarse que, en la Argentina, los "derechos de la Naturaleza" se encuentran tácita y parcialmente reconocidos por el artículo 41 de la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675.[107] Según el artículo 41 CN: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado…". Esto puede abarcar a todos los seres y sistemas que habitamos la Tierra,[108] derecho que además se extiende a las "futuras generaciones". Además este artículo señala que "el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer", es decir, el deber de restaurar a la naturaleza el estado anterior al daño ambiental, y esta obligación no requiere la acreditación de daños a las personas o a sus bienes.

El problema real que enfrentamos no es tanto desorden jurídico sino que, como en otras partes de América Latina, su aplicación efectiva colisiona con el modelo extractivo imperante. A estas resistencias se suma la debilidad de acción de los operadores jurídicos, quienes no quieren o no llegan a comprender la transformación de las categorías jurídicas como consecuencia de este cambio de paradigma.

*-Proyecto de Ley sobre derechos de la Naturaleza del senador Solanas[109]*

Este proyecto considera a la Naturaleza como sujeto del derecho y consecuentemente con toda una batería de derechos que se le reconocen: a la vida, diversidad, al agua, al aire, al equilibrio ecológico, a la restauración y recomposición de su patrimonio y el derecho a vivir libre. Cita como antecedentes del proyecto la Constitución de Ecuador y las Leyes de Bolivia.

En sus fundamentos plantea, entre otros conceptos:

106. Ver Valeria Berros y Rafael Colombo, *op. cit*. También María José Lubertino, "El Derecho al Ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa (1996-2017)" (tesis doctoral para Doctorado UBA Derecho). Buenos Aires, julio de 2018.
107. El proyecto de ley de Derechos de la Naturaleza de Pino Solanas así lo entiende.
108. Así lo entiende, por ejemplo, el Dr. Aníbal Falbo.
109. Disponible en https://infosur.info/proyecto-de-ley-derechos-de-la-naturaleza/ (consultado el 14 de agosto de 2018). Ver su texto en el anexo este capítulo.

> Consagrar a la Naturaleza como sujeto de Derechos postula nuevas formas de relación del ser humano con ella y con otros seres humanos. Reclama, por ende, el pasaje de un paradigma antropocéntrico a otro de carácter sociobiocéntrico. En los lineamientos de este nuevo paradigma civilizatorio se destaca el abandono de la idea del desarrollo como crecimiento económico ilimitado a la cual le corresponde la caracterización de la naturaleza como canasta de recursos y como capital. A diferencia de ello, aquí no es considerada como un objeto de dominación y meramente como un recurso económico. Reconocer universalmente los "Derechos de la Naturaleza" no supone una naturaleza virgen, sino el respeto integral por su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, la defensa de los sistemas de vida.
>
> El otorgar Derechos a la Naturaleza no solo significa abandonar una idea de conquista, de colonización y de explotación de la Madre Tierra, sino que nos plantea un cambio civilizatorio profundo, que cuestiona todas aquellas lógicas antropocéntricas dominantes y se convierte en una respuesta de vanguardia frente a la actual crisis civilizatoria. Nos obliga a pensar en otras opciones de vida que impliquen, para empezar, la desaceleración del patrón de consumo actual, al tiempo que se construyan democráticamente sociedades más humanas y sustentables.[110] En línea con la propuesta del "buen vivir" o Sumak Kawsay, se trata de construir una sociedad sustentada en la armonía de las relaciones de los seres humanos con la naturaleza, de los seres humanos consigo mismos y de los seres humanos con los otros seres humanos.
>
> […] así como el pensamiento moderno creó un sistema jurídico acorde a esta idea de la naturaleza como objeto, esta concepción de la Naturaleza necesita de nuevas instituciones jurídicas, de nuevos sujetos de derecho y mecanismos de toma de decisiones colectivas.

Adopta una postura biocéntrica siguiendo a Gudynas (todos los seres tienen un valor, aun cuando no sean de utilidad para los humanos). La naturaleza como sujeto de derecho implica necesariamente su desmercantilización. Así como el

110. El concepto jurídico de otorgar derechos a los seres humanos en un momento de la historia vino acompañado de algunas consideraciones como el individualismo, un paso revolucionario para enfrentar los absolutismos. Era el individuo el sujeto de derechos. Sin embargo, esto condujo a despojar al individuo de su comunidad y de su entorno. Los seres humanos se colocaron –figurativamente hablando– al margen de la naturaleza; y desde esa posición asumieron el papel de conquistadores y dominadores de la naturaleza. Los derechos sobre la propiedad privada completaron este proceso.

discurso normativo actual prohíbe tratar como mercancía al ser humano, al ser sujeto de derecho la naturaleza debe recibir el mismo trato. La mercantilización que se prohíbe en el artículo 2º, inciso 8, es la de los "sistemas de vida" lo cual no es un obstáculo para el desarrollo y comercialización, por ejemplo, de actividades agrícola-ganaderas. La no mercantilización indicada no significará tampoco la prohibición de comercializar materias primas. El ejemplo concreto de la prohibición de mercantilización sería el intento que hubo hace pocos años de financiarizar, es decir, poner en el mercado financiero la polinización que realizan las abejas. No las abejas, no la miel, no los panales sino que se intentó privatizar el acto de polinización de estos insectos. Es como si se quisiera privatizar la fotosíntesis de las plantas. Estos derechos no defienden una Naturaleza intocada, que nos lleve, por ejemplo, a dejar de tener cultivos, pesca o ganadería. Estos derechos defienden mantener los sistemas de vida, los conjuntos de vida. Su atención se fija en los ecosistemas, en las colectividades, no en los individuos. Así, se puede comerciar y comer carne, pescado y granos, por ejemplo, mientras se asegure que quedan ecosistemas funcionando con sus especies nativas.

La dignidad, fundamento de los derechos humanos, presupone que todo ser humano tiene un valor intrínseco. El paradigma de los "Derechos de la Naturaleza" reconoce también valores intrínsecos o propios de la naturaleza con independencia de la valoración humana. En consecuencia, de lo que se trata es de expandir y completar el paradigma de los derechos humanos (visión antropocéntrica), incluyendo el de los "derechos de la naturaleza" (visión biocéntrica).

El proyecto, al establecer a la naturaleza como sujeto de derecho, exige una relación de igualdad y respeto entre ella y los seres humanos. "La igualdad debe trascender lo humano para reconocer en la naturaleza una vida que debe ser respetada –dice Solanas–, una interrelación necesaria entre la humanidad y la naturaleza, en realidad como parte de ella".

Asimismo en los fundamentos del proyecto se exhorta al reconocimiento de los "Derechos de la Naturaleza" como otro campo de la Justicia:

> […] la Justicia ecológica, cuyo objetivo se centrará en asegurar los procesos vitales, y no en las compensaciones económicas. En este campo, la justicia ecológica pretende asegurar la persistencia y sobrevivencia de las especies y sus ecosistemas, como redes de vida. Esta justicia es independiente de la justicia ambiental. No es de su incumbencia la indemnización a los humanos por el daño ambiental. Se expresa en la restauración de los ecosistemas afectados. En realidad se deben aplicar simultáneamente las dos justicias: la ambiental para las personas, y la ecológica para la Naturaleza.

## 8. Reflexiones finales

La humanidad está aún inmersa en una cultura patriarcal de dominación donde incluso seres humanos son explotados/as, los animales son objeto de mercancía y toda la Naturaleza es mercantilizada y puesta como "recurso" al servicio del hombre.

Paulatinamente aparecen movimientos insurgentes y alternativos que van generando lentos cambios. Así, por ejemplo, el movimiento feminista en lucha por la liberación femenina, el movimiento ecologista por el reconocimiento de la Naturaleza de la cual los/as humanos/as somos parte y el movimiento animalista por la liberación animal.

Aunque biológicamente las personas son inescindibles del medio en el que viven, la concepción antropocéntrica del derecho ambiental es aún la mayoritariamente seguida. En realidad todo el derecho se basa, en una concepción antropocéntrica ("Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona"), máxime cuando se pone el acento en la "dignidad" de la persona.

Más aún, actualmente –agudizado todo ello por el cambio climático– el mantenimiento de la vida humana en el planeta y nuestra calidad de vida depende de que se abandone esa concepción antropocéntrica de la naturaleza.

Mientras la humanidad continúe cegada por el consumismo y la cultura del descarte, no podrá elevar la vista para verse parte del conjunto, y ello trae aparejada la dificultad de protección de otros seres, de los sistemas, de las generaciones futuras y de la Tierra.

Si bien hay batallas que se van ganando en el pasaje de la consideración de los animales de objeto a sujeto como en las luchas contra el maltrato animal que libran proteccionistas y animalistas al exigir el cierre de los zoológicos, el fin de la tracción a sangre, de la tauromaquia, de las carreras de galgos, de los circos con animales, de la riña de gallos, de las carreras de galgos, entre otras, el camino es largo y estas parecen ser más bien excepciones.

No hay todavía un cambio de paradigma o cosmovisión hacia un modelo de convivencia de armonía en y con la Naturaleza, que es lo que necesitamos.

Sin dudas es necesaria una nueva ética para reorganizar la vida en el planeta. Pero más allá de la ética podemos contribuir desde lo jurídico complementando la justicia social y la justicia ambiental con justicia ecológica. Así, los derechos humanos se complementan con los derechos de la Naturaleza, y viceversa.

Estas ideas y lenguajes, tan ajenos a la agenda mediático-política actual, forman parte del imaginario de los pueblos que están defendiendo sus territorios de nuevas formas de resistencia y alternativas al extractivismo imperante en la región, que dejan ver, al menos de manera incipiente, síntomas e indicios para

construir un nuevo paradigma civilizatorio, como bien dicen los fundamentos del proyecto de ley de los derechos de la Naturaleza.

Aceptar que la naturaleza tenga derechos –propios– se enmarca en la lucha de la humanidad por la ampliación permanente de los derechos. Por lo tanto, no debería sonar extraño que los humanos busquemos garantizar nuestra existencia en el universo a partir de una legislación que empiece por favorecer a quien proporciona nuestro sustento, nuestra Madre Tierra o Pacha Mama.

Recordando a Eduardo Galeano, si el ordenamiento jurídico ha construido la ficción de que una empresa tenga derechos, ¿cómo no los va a tener la Naturaleza? En efecto, es curioso que muchas personas, que se han opuesto a la ampliación de estos derechos, acepten pasivamente que se entregue derechos casi humanos a las personas jurídicas, una de las mayores aberraciones del Derecho. Veinte siglos para declarar "personas" al conjunto de los seres humanos, después de racismos y genocidios múltiples, ayudan a comprender las resistencias actuales para declarar que, además de nosotros, hay otros que tienen derechos. La historia de la problemática en Occidente depara escepticismo aun cuando muchos de los principios de la ecología provienen de allí; no obstante ello se puede partir de la hipótesis Gaia para llegar a los debates actuales de América Latina, herederos de pensamientos aymaras, quechuas, mayas, etc., en los que, independientemente del nombre e imagen que asuma la Madre Tierra, comportan un sentido profundo de unidad de los seres humanos con ella, sin la pretendida distancia y superioridad que se impuso. No hay nada que impida que demos ese paso.[111]

> Los Derechos de la Naturaleza plantean un claro desafío a la ciencia jurídica, que siempre los limitó a las personas y a las entidades de derecho público y privado, que seguramente podrá cuestionar este nuevo paradigma que consideramos de fundamental importancia para el futuro de la tierra. Lo importante es apartarse del convencionalismo jurídico, y plantear con rigor estas nuevas concepciones que hacen a una vida nueva, y permitan construir un mundo sano y equilibrado, alejado del afán depredador de los que solo tienen como objetivo el espíritu de lucro.[112]

Como dijo Vandana Shiva, presidiendo el Tribunal Internacional de Derechos de la Naturaleza, "que los derechos de la Madre Tierra se conviertan en el marco que gobierne nuestras vidas". Coincidimos con ella en que actualmente, en muchas partes, "quienes viven en relación con la Madre Tierra son calificados como primitivos. Reconocer los derechos de la Madre Tierra permite

111. Citado en los fundamentos del Proyecto de Ley de Derechos de la Naturaleza, de Pino Solanas.
112. Fundamentos del Proyecto de Ley de los Derechos de la Naturaleza, de Pino Solanas.

reconocer que aquellos que viven en relación con ella son las civilizaciones más avanzadas del planeta".

## Bibliografía

Acosta, Alberto: *Bitácora Constituyente ¡Todo para la Patria, nada para nosotros!* Quito, Ediciones Abya-Yala, 2008.

Agosto, Patricia: "Saberes ancestrales y biodiversidad. Destrucción, negación y disputa". 25 de agosto de 2013. Disponible en http://culturasindigenasypropiedadindustrial.blogspot.com.ar/2013/08/patricia-agosto-saberes-ancestrales-y.html (consultado el 26 de febrero de 2018).

Benjamin, Herman (Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin): "¿Derechos de la naturaleza?", en Ameal, Oscar J. y Tanzi, Silvia Y., *Obligaciones y Contratos en los Albores del siglo XXI.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

Berros, María Valeria: "Apuntes para democratizar decisiones colectivas que afectan la naturaleza", en Separata *Derecho Ambiental*. La Ley. En homenaje a Guillermo J. Cano, Año XXIV, Nº2 (directores: Andrés Napoli y José Alberto Esaín), Buenos Aires, La Ley, 21 de noviembre de 2017, p. 2.

— "Ética animal en diálogo con recientes reformas en la legislación de los países latinoamericanos", en *Revista de Botica y Derecho* Nº33, enero 2015, pp. 82-93.

— "El estatuto jurídico de la naturaleza en debate (*meulen* en el mundo del derecho)", en *Revista de Derecho Ambiental* Nº36, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, diciembre 2013.

— "The Constitution of the Republic of Ecuador. *Pachamama* has rights". Arcadia en Environment & Society Portal, Arcadia. 2015/11.

— "Porque tienen derecho a existir: una introducción al debate ético sobre el derecho de los animales no humanos", en Cafferatta, Néstor (dir.), *La dimensión social del derecho ambiental*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 83-114.

Berros, Valeria y Colombo, Rafael: "Miradas emergentes sobre el estatuto jurídico de los ríos, cuencas y glaciares", en *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'ambiente*, Saggi, Nº1, 2017. G. Giappichelli Editore, pp. 32-71.

Boff, Leonardo: *Do iceberg ao Arca de Noé. O nascimento de uma ética planetária.* Petrópolis, Garamond, 2002.

— *La Tierra está en nuestra manos.* Sal Terrae, 2016.

Comunidades indígenas de la cuenca de Salinas Grandes y laguna de Guayatayoc: *Kachi Yupi, Huellas de Sal,* Comunidad de Quera y Aguas Calientes, Jujuy, 2015. Disponible en http://naturaljustice.org/wp-content/uploads/2015/12/Kachi-Yupi-Huellas.pdf (consultado el 18 de abril de 2018).

Francisco (Santo Padre): "Carta Encíclica *Laudato Si'* del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común", Ed. Verbo Divino, 2015.

Gudynas, Eduardo: "Los derechos de la Naturaleza en serio", en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (eds.), *La Naturaleza con derechos. De la filosofía a la práctica*. Quito, Abya-Yala, 2011, pp. 239-286.

— "Más allá del nuevo extractivismo: transiciones sostenibles y alternativas al desarrollo", en Wanderley, F., *El desarrollo en cuestión. Reflexiones desde América Latina*. La Paz, Oxfam y CIDES-UMSA, 2011, pp. 379-410.

— "Tensiones, contradicciones y oportunidades de la dimensión ambiental del Vivir Bien", en Farah, Ivonne y Vasapollo, Luciano (coords.), *Vivir Bien: ¿Paradigma no Capitalista?* La Paz, Editorial Plural, Oxfam y CIDES-UMSA, Sapienza Università di Roma, 2011.

— "Desarrollo, extractivismo y buen vivir. Debates sobre el desarrollo y sus alternativas en América Latina: Una breve guía heterodoxa", en Grupo Permanente de Trabajo sobre Alternativas al Desarrollo, *Más allá del desarrollo*. Quito, Fundación Rosa Luxemburgo, 2012 (edición argentina: Buenos Aires, América Libre-Fundación Rosa Luxemburgo, 2012).

Guerrero Arias, Patricio: "Corazonar desde las sabidurías insurgentes el sentido de las epistemologías dominantes para construir sentidos otros de la existencia", en *Sophia, Colección de Filosofía de la Educación*, Cuenca (Ecuador), Universidad Politécnica Salesiana, Nº8, 2010, pp. 101-146. [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2017] Disponible en http://www.redalyc.org/artículo.oa?id=441846105006.

— *Corazonar. Una antropología comprometida con la vida.* Asunción, Ed. Abya Yala - FONDEC, 2007.

Haidar, Victoria y Berros, Valeria: "Entre el *Sumak Kawsay* y la vida en armonía con la naturaleza: disputas en la circulación y traducción de perspectivas respecto de la regulación de la cuestión ecológica en el espacio global", en *Revista Theomai*, Nº32, segundo semestre 2015, pp. 128-150.

— "Hacia un abordaje multidimensional y multiescalar de la cuestión ecológica: la perspectiva del buen vivir", en *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Nº108, diciembre 2015, pp. 111-134.

Lefebvre, Henri: "Cambiar la economía para cambiar la vida. Desafíos de una economía para la vida", en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*. Quito, Abya-Yala, 2009.

Lubertino Beltrán, María José: "La 'Armonía con la Naturaleza' entre los principios ambientales del Derecho Latinoamericano". Para el Concurso de la *Revista de Derecho Ambiental* de la Universidad de Palermo, 26 de febrero de 2017 (seleccionado, en imprenta).

— "Los Principios Ambientales Ancestrales del Buen Vivir en el Derecho Latinoamericano y su vigencia en el Derecho Argentino". Buenos Aires,

septiembre 2017, 100 pp. Tesina en la Especialización en Derecho Ambiental. Facultad de Derecho, UBA (inédita).

— "El derecho al ambiente en la Ciudad de Buenos Aires. La participación ciudadana en su defensa (1996-2017)", Buenos Aires, julio 2018. 2199 pp. Tesis de Doctorado en Derecho Constitucional. Facultad de Derecho, UBA (inédita).

New Zealand Legislation: Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017 de Nueva Zelanda, sancionada el 20 de marzo de 2017. Disponible en http://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html (consultado el 21 de septiembre de 2017).

Segovia, Luis Alfredo: "El ambiente como derecho humano y los derechos de la Naturaleza: intento de armonización desde la concepción trialista del mundo jurídico", Comisión de Derecho Ambiental del Colegio de Abogados y Procuradores de Salta. Disponible en http://medioambiente.justiciasalta.gov.ar/trabajos/11-Segovia.pdf (consultado el 21 de septiembre de 2017).

Shiva, Vandana: *Abrazar la vida. Mujer, ecología y desarrollo*. Madrid, Horas y Horas, 1995, pp. 19-75 [*Staying Alive. Women ecology and survival*, 1988]. Disponible en https://gruposhumanidades14.files.wordpress.com/2014/01/vandana-shiva-abrazar-la-vida-mujer-ecologc3ada-y-desarrollo.pdf.

Sousa Santos, Boaventura de: *De las dualidades a las ecologías.* La Paz, REMTE (Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía). Disponible en http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/cuaderno%2018.pdf.

Stone, Christopher D.: "¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales", en *Derecho ambiental y justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, 2009 (versión original: "Should Trees Have Standing? Towards legal rights for natural objects", en *Southern California Law Review*, Nº45, 1972, pp. 450-501. Disponible en https://iseethics.files.wordpress.com/2013/02/stone-christopher-d-should-trees-have-standing.pdf).

Zaffaroni, Eugenio Raúl: *La Pachamama y el humano.* Ilustrado por Miguel Rep. Prólogo de Osvaldo Bayer. Con colaboración de Matías Bailone. 1ª ed., 7ª reimpr. Buenos Aires, Ediciones Colihue, febrero 2015.

*Jurisprudencia*

**Fallos de Tribunales Internacionales o extranjeros**

-Corte Constitucional de Colombia, Sala 6ª de Revisión. Sentencia T-622 de 2016. Caso del río Atrato como sujeto de derechos. Disponible en https://justiciaambientalcolombia.org/2017/05/07/sentencia-rio-atrato/ (consultado el 21 de septiembre de 2017).

-Corte Provincial de Loja (Ecuador). Caso del Río Vilcabamba. Juicio No. 11121-2011-0010. Fallo completo disponible en: http://pachamama.org.ec/wp-content/uploads/2011/06/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf (consultado 21 de septiembre de 2017)

-Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. 26 de julio de 2017. Disponible en http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_9a4533cd7c4a418bb13c5d1db599890e (consultada el 14 de agosto de 2017).

**Fallos de Argentina**

Cámara de Casación Penal. Sala II. "Orangutana Sandra s/recurso de casación s/hábeas corpus" del 18 de diciembre de 2014. Disponible en file:///Users/mariajoselubertino/Downloads/orangutanasandra3%20(1).pdf (consultado 20 de setiembre de 2017).

Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. "Asociación de funcionarios y abogados por los derechos de los animales y otro contra GCBA s/amparo", del 21 de octubre de 2015. Disponible en http://www.ijudicial.gob.ar/wp-content/uploads/2015/10/Sentencia-Orangutana.pdf (consultado el 17 de septiembre de 2017).

Tercer Juzgado de Garantías. Poder Judicial de Mendoza. Expte. Nº P-72.254/15 "Presentación efectuada por A.F.A.D.A respecto del chimpancé "Cecilia" - sujeto no humano". Fallo del 3 de noviembre de 2016.

**Derecho Comparado**

-Constitución de Bolivia, 2009.

-Constitución de Ecuador, 2008.

-Leyes 71 de Bolivia. Ley de derechos de la Madre Tierra. Promulgada el 21 de diciembre de 2010. Disponible en https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N71.xhtml (consultado el 14 de agosto de 2018).

-Ley 300 de Bolivia. Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien. Fecha de Promulgación: 15 de octubre de 2012. http://senado.gob.bo/sites/default/files/leyessenadores/Ley%28300%29.PDF (consultada en 14 de agosto de 2018).

-Proyecto de Ley de Derechos de la Naturaleza de Pino Solanas (Expediente 2506-S-15). Disponible en https://infosur.info/proyecto-de-ley-derechos-de-la-naturaleza/ (consultada en 14 de agosto de 2018).

*Anexos*

**Declaración universal de los derechos del animal**

Londres, 23 de septiembre de 1977

Preámbulo

Considerando que todo animal posee derechos,

Considerando que el desconocimiento y desprecio de dichos derechos han conducido y siguen conduciendo al hombre a cometer crímenes contra la naturaleza y contra los animales,

Considerando que el reconocimiento por parte de la especie humana de los derechos a la existencia de las otras especies de animales constituye el fundamento de la coexistencia de las especies en el mundo,

Considerando que el hombre comete genocidio y existe la amenaza de que siga cometiéndolo,

Considerando que el respeto hacia los animales por el hombre está ligado al respeto de los hombres entre ellos mismos,

Considerando que la educación debe enseñar, desde la infancia, a observar, comprender, respetar y amar a los animales,

Se proclama lo siguiente:

Artículo 1.

Todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia.

Artículo 2.

a) Todo animal tiene derecho al respeto.

b) El hombre, en tanto que especie animal, no puede atribuirse el derecho de exterminar a los otros animales o de explotarlos violando ese derecho. Tiene la obligación de poner sus conocimientos al servicio de los animales.

c) Todos los animales tienen derecho a la atención, a los cuidados y a la protección del hombre.

Artículo 3.

a) Ningún animal será sometido a malos tratos ni actos crueles.

b) Si es necesaria la muerte de un animal, esta debe ser instantánea, indolora y no generadora de angustia.

Artículo 4.

a) Todo animal perteneciente a una especie salvaje, tiene derecho a vivir libre en su propio ambiente natural, terrestre, aéreo o acuático y a reproducirse.

b) Toda privación de libertad, incluso aquella que tenga fines educativos, es contraria a este derecho.

Artículo 5.

a) Todo animal perteneciente a una especie que viva tradicionalmente en el entorno del hombre, tiene derecho a vivir y crecer al ritmo y en las condiciones de vida y de libertad que sean propias de su especie.

b) Toda modificación de dicho ritmo o dichas condiciones que fuera impuesta por el hombre con fines mercantiles, es contraria a dicho derecho.

Artículo 6.

a) Todo animal que el hombre ha escogido como compañero tiene derecho a que la duración de su vida sea conforme a su longevidad natural.

b) El abandono de un animal es un acto cruel y degradante.

Artículo 7.

Todo animal de trabajo tiene derecho a una limitación razonable del tiempo e intensidad del trabajo, a una alimentación reparadora y al reposo.

Artículo 8.

a) La experimentación animal que implique un sufrimiento físico o psicológico es incompatible con los derechos del animal, tanto si se trata de experimentos médicos, científicos, comerciales, como toda otra forma de experimentación.

b) Las técnicas alternativas deben ser utilizadas y desarrolladas.

Artículo 9.

Cuando un animal es criado para la alimentación debe ser nutrido, instalado y transportado, así como sacrificado, sin que de ello resulte para él motivo de ansiedad o dolor.

Artículo 10.

a) Ningún animal debe ser explotado para esparcimiento del hombre.

b) Las exhibiciones de animales y los espectáculos que se sirvan de animales son incompatibles con la dignidad del animal.

Artículo 11.

Todo acto que implique la muerte de un animal sin necesidad es un biocidio, es decir, un crimen contra la vida.

Artículo 12.

a) Todo acto que implique la muerte de un gran número de animales salvajes es un genocidio, es decir, un crimen contra la especie.

b) La contaminación y la destrucción del ambiente natural conducen al genocidio.

Artículo 13.

a) Un animal muerto debe ser tratado con respeto.

b) Las escenas de violencia en las cuales los animales son víctimas, deben ser prohibidas en el cine y en la televisión, salvo si ellas tienen como fin el dar muestra de los atentados contra los derechos del animal.

Artículo 14.

a) Los organismos de protección y salvaguarda de los animales deben ser representados a nivel gubernamental.

b) Los derechos del animal deben ser defendidos por la ley, como lo son los derechos del hombre.

**Proyecto de Ley sobre los Derechos de la Naturaleza Expediente 2506-S-15**

Artículo 1º - La Naturaleza, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Artículo 2° - Específicamente la Naturaleza tiene los siguientes derechos:

1. A la vida: Es el derecho al mantenimiento de la integridad de los sistemas de vida y los procesos naturales que los sustentan, así como las capacidades y condiciones para su regeneración.

2. A la diversidad de la vida: Es el derecho a la preservación de la diferenciación y la variedad de los seres que componen la Naturaleza, sin ser alterados genéticamente ni modificados en su estructura de manera artificial, de tal forma que se amenace su existencia, funcionamiento y potencial futuro. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

3. Al agua: Es el derecho a la preservación de la funcionalidad de los ciclos del agua, de su existencia en la cantidad y calidad necesarias para el sostenimiento de los sistemas de vida, y su protección frente a la contaminación para la reproducción de la vida de la Naturaleza y todos sus componentes.

4. Al aire limpio: Es el derecho a la preservación de la calidad y composición del aire para el sostenimiento de los sistemas de vida y su protección frente a la contaminación, para la reproducción de la vida de la Naturaleza y todos sus componentes.

5. Al equilibro: Es el derecho al mantenimiento o restauración de la interrelación, interdependencia, complementariedad y funcionalidad de los componentes de la Naturaleza, de forma equilibrada para la continuación de sus ciclos y la reproducción de sus procesos vitales.

6. A la restauración y recomposición: Es el derecho a la restauración oportuna y efectiva de los sistemas de vida afectados por las actividades humanas directa o indirectamente.

7. A vivir libre de contaminación: Es el derecho a la preservación de la Naturaleza de contaminación de cualquiera de sus componentes, así como de residuos tóxicos y radioactivos generados por las actividades humanas.

8. A la No mercantilización: Es el derecho por el que no pueden ser mercantilizados los sistemas de vida, ni los procesos que sustentan, ni formar parte del patrimonio privado de nadie.

Artículo 3° - El ejercicio de los Derechos de la Naturaleza requiere del reconocimiento, recuperación, respeto, protección, y diálogo de la diversidad de

sentires, valores, saberes, conocimientos, prácticas, habilidades, trascendencias, transformaciones, ciencias, tecnologías y normas, de todas las culturas que buscan convivir en armonía con la Naturaleza.

Los procedimientos para la toma de decisiones que pudieren afectar los Derechos de la Naturaleza deberán dar cuenta de esta diversidad y generar los espacios institucionales de diálogo adecuados para fundar la decisión en base a la diversidad de saberes y prácticas en circulación.

Artículo 4º - Las autoridades nacionales, provinciales o municipales, de todos los poderes del Estado, deberán proteger y promover activamente los Derechos de la Naturaleza detallados en la presente ley y normas complementarias.

Artículo 5º - Toda persona, comunidad, organización o pueblo se encuentra legitimada para exigir, administrativa y judicialmente, la protección de los Derechos de la Naturaleza, siendo aplicables al caso la Ley de Procedimientos Administrativos y la acción de amparo del art. 41 de la Constitución Nacional y otros remedios judiciales más idóneos.

Artículo 6° - Créase la Defensoría de la Naturaleza, en el ámbito de la Defensoría del Pueblo de la Nación, cuya misión es velar por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los Derechos de la Naturaleza establecidos en la presente Ley.