

Derecho Público

AÑO II NÚMERO 6

Directores: Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 **Infojus**
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO II - NÚMERO 6

Derecho Público

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

.....
ISSN 2250-7566

Revista Derecho Público

Año II - N° 6 - Octubre 2013

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Público y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ni la de sus directores.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti

Directores

Liliana Costante - Gustavo Szarangowicz

Secretarios de Redacción

Lucía Scheinkman - Cristian A. Perković

Colaboradores

Consejo Académico

Víctor Abramovich
Víctor Bazán
José Manuel Benvenutti
Roberto Boico
Matilde Bruera
Néstor Cafferatta
Rubén Calvo
Walter Carnota
Rodrigo Cuesta
Sergio Díaz Ricci
Eduardo Emili
Aníbal Faccendini
Raúl Gustavo Ferreyra
Ana Figueroa
Alberto González Arzac
Eduardo Jiménez
Eduardo Lapenta
Claudio Luis
Laura Monti
María Teresa Moya
Verónica Piccone
Beatriz Rajland
Patricio Sammartino
Eduardo Tavani
Guillermo Treacy
Juan Carlos Vega
Juan Wlasic

Editorial

Este nuevo ejemplar de la revista de Derecho Público aborda el análisis del rol institucional del Poder Judicial y su legitimidad democrática, su función social y la necesidad de una política judicial que permita asegurar la tutela judicial efectiva; también la cláusula del art. 114 CN, relativa a la composición del Consejo de la Magistratura, y su interpretación limitante de la soberanía popular en un reciente fallo de la CSJN con la única voz disidente del juez Zaffaroni; las medidas cautelares en procesos donde el Estado o entes estatales sean parte, desde la perspectiva normativa y valorativa de la ley 26.854; el significado de la "Constitución" y las propiedades de la Constitución Federal; los diversos sistemas de control de constitucionalidad existentes y el rol de los tribunales constitucionales en el derecho comparado; la primera parte de un documentado trabajo sobre el sistema tributario y su reformulación con alcances progresivos, del que dará cuenta principal su segunda parte, que se incluirá en el próximo número de esta revista; la evolución del reclamo argentino por la soberanía de las Islas Malvinas, y la estrategia de internacionalización del conflicto en el ámbito regional sudamericano; la política exterior de las naciones sudamericanas de mediados del siglo XIX y los tratados comerciales celebrados en aquella época en la búsqueda por afianzar su independencia e insertarse en mejores condiciones en el comercio internacional; los conceptos de poder, Estado y derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde la perspectiva de relaciones de poder planteada por Michel Foucault; la naturaleza jurídica de los convenios internacionales celebrados por entes subestatales y su consideración como sujetos de Derecho Internacional (tesis aceptable en tanto ella no signifique extender la responsabilidad internacional al Estado Nacional); el disciplinamiento discursivo que es utilizado por los medios masivos de comunicación, funcional a un modelo socio-cultural que se basa en estereotipos de género, y su contradicción con la normativa internacional en materia de discriminación.

Estas contribuciones abarcan, desde distintas perspectivas, aspectos diversos de los avances y retrocesos en el desarrollo de una sociedad más

democrática e igualitaria, cabe destacar como ejemplos paradigmáticos de estos últimos, el fallo que fue mencionado al principio y el más reciente, también de la CSJN por mayoría (en este caso con disidencias concurrentes de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni), que rechazó el recurso interpuesto por el Estado Nacional contra la medida cautelar suspensiva del acto administrativo que dejara sin efecto la venta a la Sociedad Rural Argentina (SRA), a precio vil, del predio de Palermo. Este rechazo estuvo fundado en razones de un ritualismo formal en pugna con la verdad jurídica objetiva y un servicio de efectiva justicia. A esto cabe añadir que no deja de ser paradójal, y debe ser señalado, el absurdo que exhibe tener por verificada la existencia de verosimilitud del derecho en cabeza de la requirente de la mencionada cautelar a poco de que se advierta las comprobaciones efectuadas por el juez federal penal Torres que sustentaron un auto de mérito procesando a directivos de la SRA y a los funcionarios que urdieron el traspaso mediante la írrita y lesiva operación de marras para el patrimonio nacional.

Los directores

Índice General

Doctrina

p. I

De la mujer, de determinadas mujeres y de las demás mujeres. Modelos en el discurso publicitario televisivo. Una mirada desde el avance jurídico en derechos humanos
por LILIANA BEATRIZ COSTANTE..... p. 3

Democratización judicial
por ALBERTO GONZÁLEZ ARZAC p. 29

Concepto y cualidad de la Constitución federal. Su rol procesal
por RAÚL GUSTAVO FERREYRA p. 35

¿Es la noción de “equilibrio” del art. 114 CN un concepto jurídico indeterminado?
(El espejismo del caso “Rizzo”)
por WALTER F. CARNOTA p. 61

Aportes de la teoría crítica al debate sobre el rol institucional del Poder Judicial
por JUAN CARLOS WLASIC p. 69

Tribunales constitucionales en el derecho comparado
por GONZALO NAZAR DE LA VEGA y LUCÍA SCHEINKMAN..... p. 89

Autonomía y tareas internacionales en la política exterior sudamericana de mediados del siglo XIX. Perspectiva comparada
por SEBASTIÁN NEGRI p. 123

La justicia que queremos y la política judicial que debemos
por PABLO CASAS y GONZALO VIÑA..... p. 153

Las medidas cautelares contra el Estado o sus entes descentralizados según la ley 26.854. Análisis de pertinencia y proyecciones de algunos aspectos de su regulación
por MARÍA FERNANDA LOMBARDO..... p. 177

Tributos al modelo. Peripecias del pasado y récords del presente
por ALFREDO ÍÑIGUEZ p. 193

ÍNDICE GENERAL

Las unidades subestatales miembros de una Unión Federal: ¿nuevos sujetos del Derecho Internacional Público? El caso de los gobiernos locales en la República Argentina”
por CLAUDIA G. GASOL VARELA..... p. 227

De la “desmalvinización” a la regionalización del reclamo argentino por la soberanía sobre las Islas Malvinas
por MARÍA VERÓNICA PICCONE y MARCELO MANGINI..... p. 247

Poder, Estado y Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Algunas sospechas desde una mirada foucaultea
por BENENTE, KOZICKI, PANISSA, PETRONE, RAMALLO, UNGER, WECHSELBLATT p. 257

Fuentes citadas p. 279

Índice temático p. 29I

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar



Doctrina

De la mujer, de determinadas mujeres y de las demás mujeres. Modelos en el discurso publicitario televisivo

Una mirada desde el avance
jurídico en derechos humanos

por **LILIANA BEATRIZ COSTANTE**⁽¹⁾

I | Introducción

Me dedico en este trabajo, nuevamente, al discurso en los medios masivos de comunicación —en particular, el televisivo—. ⁽²⁾ Esta vez, ampliando lo expuesto oportunamente, ⁽³⁾ para constatar que los espacios publicitarios

(1) Abogada. Doctoranda en Derecho Político de la Facultad de Derecho, UBA. Directora de Investigaciones DECyT. Directora del Instituto de Teoría Política y Derecho Constitucional de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Publicista. Miembro GT CLACSO “La revolución en el bicentenario” bajo la dirección de la Dra. Beatriz Rajland y del GT Crítica Jurídica/CLACSO “Crítica jurídica y procesos de emancipación”, con la codirección de Beatriz Rajland y Ernesto Correas.

(2) CAMPIONE, DANIEL; RAJLAND, BEATRIZ; COSTANTE, LILIANA y UNZUÉ, MARTÍN, “Del discurso televisivo, del poder y la exclusión. La corona de lata”, en *Estado y sociedad. Algunas reflexiones sobre la política en la Argentina actual*, Buenos Aires, EUDEBA, 1999.

(3) Ver COSTANTE, LILIANA B., *Conocimiento, trabajo y dominación. Construcción de la desigualdad social*, Bs. As., Prometeo Libros, 2010, particularmente el ítem “Mujeres y disciplinamiento”.

siguen conteniendo material de disciplinamiento con modelos de vida funcionales a patrones socioculturales basados en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Modelos lesivos —por prejuiciosos y estigmatizantes— que se manifiestan en la estética y los enunciados explícitos en contravención al paradigma sobre el que se asienta la “Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”⁽⁴⁾ que rige la materia y que, en nuestro país, se articula con el bloque federal de constitucionalidad y normas infraconstitucionales a su amparo. Tales enunciados explícitos son reproductores, además, de estratificaciones sociales que atraviesan el tema “género”.

Los planteos que me permito señalar han sido oportunamente expuestos y extensamente debatidos en distintos foros de trabajo profesional⁽⁵⁾ o social. Los referidos señalamientos describen la realidad con intención de hacer un análisis de ella, lo que ha motivado nutridas discusiones en torno a si las discriminaciones a la mujer tienen como causa el género, o si son producto del disciplinamiento con raíces en las distintas modalidades de ejercicio de poder en determinadas sociedades. Dicho esto último incorporando la reproducción o metabolización de aquéllos a través de las distintas vías o herramientas de las que los ejecutores de ese mismo poder se asisten, como ser: la educación, la religión, los medios de comunicación. Quien lea esta nota puede encontrar parte del marco teórico sobre el que me sustento.⁽⁶⁾

El análisis propuesto integra el tema de género con el de “otredad” en términos de esta historia construida por el hombre que, para fundamen-

to”, pp. 377/391; y “Mujeres y mujeres. De la discriminación de mujeres por parte de otras mujeres”, en *El Dial.com Doctrina*, año XIV, n° 3268, Bs. As., 16/05/2011.

(4) Aprobada por la resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 18/12/1979. Suscripta por la Argentina el 17/07/1980. Aprobada según ley 23.179, sancionada el 08/05/1985. Publicada en BO el 03/06/1985, incorporada al texto constitucional en su reforma de 1994 (en el art. 75, inc. 22 CN).

(5) Como última intervención sobre el tema, ponencia “Derechos Humanos de las mujeres. De la igualdad formal a la igualdad real”, en las III Jornadas Nacionales de Abogadas, San Luis, 16 y 17 de mayo de 2013.

(6) Ver ALTHUSSER, LOUIS, “Los aparatos ideológicos del Estado”; THERBORN, GORAN, sobre “La ideología del poder y el poder de las ideologías”; los dos textos en RAJLAND, BEATRIZ y CAMPIONE, DANIEL, *Estado, Política e Ideología*, Bs. As., Editorial Letra Buena, 1992, pp. 147/152 y 157/174, respectivamente.

tar la desigualdad excluyente, lo hará responsabilizando de sus causas y consecuencias a representaciones animistas, entes enteléquicos, fuerzas naturales o cualquier otro ardid que invisibilice la conexión entre aquella y el lugar propio y el del otro en el modo de producción correspondiente al tiempo histórico del que estemos hablando. Descartar esta conexión en el análisis de la realidad, descorporiza a la persona, la inventa como a-histórica, la ubica como un **no-lugar** —en la definición de Marc Augé—. ⁽⁷⁾

La apropiación sistemática de saberes y de trabajo para beneficio de un grupo sobre el resto permanece, entonces, en la base del ejercicio del poder y éste se sostendrá —siempre tambaleante cuanto más brutal aparezca— en estrategias para conseguir el mayor adormecimiento de la conciencia y el forzamiento al olvido, lo que remeda a la muerte. ⁽⁸⁾ Violentada la identidad y la igualdad entre las personas, se hace contrafáctico el proceso de desarrollo humano. Del de todos y cada uno, entonces, sin distinción de género.

En este trabajo me aboco a los estándares del discurso normativo igualitario que son puestos en tensión o en crisis desde el orden publicitario mediático actual. Esto así toda vez que estemos frente a la publicidad de determinados productos que hacen uso de imágenes y enunciados con contenidos que remiten a estereotipías funcionales del género. El incentivo y la reproducción de tales estereotipías aparecen como meras herramientas para la venta de un producto —sea cual fuere— que está en el mercado. No obstante, ponen en vigencia las diferencias clasistas y sexistas ya asimiladas socialmente desde otrora. Las publicidades que exponen sin cuestionamiento alguno la asimilación aludida o que, aún más, la ensalzan como parte nodal de la campaña embestida, son partícipes necesarios del **otro** producto: el de la implantación de retrógrados modelos de vida

(7) Sobre el cuerpo-origen y el cuerpo-objeto-de-acontecimientos, un interesante abordaje en AUGÉ, MARC, *¿Por qué vivimos?*, Barcelona, Gedisa editorial, 2006, en particular, pp. 67/73.

(8) "La Noche, hija del Caos, era la madre del Destino, del Sueño y de la Muerte. (...) El Sueño, según dicen los poetas, habita un palacio impenetrable a los rayos del Sol. (...) El río del Olvido desliza allí blandamente sus lánguidas aguas cuyo débil murmullo invita a dormir. Los Sueños, hijos del Sueño, son tan numerosos como las hojas de los bosques y las arenas del mar. Unos, insignificantes o engañosos, salen por una puerta de marfil; los otros, verdaderos y proféticos, salen por una puerta de asta". Ver HUMBERT, JUAN, *Mitología griega y romana*, con Prefacio del Abate Enrique Thédénat (miembro del Instituto de Francia), Barcelona, Editorial Gustavo Gili SA, 24ª ed., 2ª reed., 1943, p. 113.

enfrentados, en el campo de batalla que es la cultura, tanto a los avances logrados en el sistema jurídico de derechos humanos como a lo que queda por lograr en cuanto a la toma de conciencia de titularidad de aquéllos.

Las “inocentes publicidades” a las que me referiré oportunamente dan cuenta de un estado de cosas que remiten a relaciones sociales que —desde la lucha por la igualdad real de oportunidades y trato— resultan inequívocamente gravosas. Podemos imaginarlas sí, acordes a sociedades en las que persisten mecanismos atávicos con relaciones estratificadas de manera irreductible. La lucha social y política tiene, entonces, en esta etapa un nuevo desafío: el de concretar la igualdad real de oportunidades y trato de todas y entre todas las personas. Desafío que tendrá, seguramente, en mujeres de distintos sectores socio-económicos el campo dispuesto para el trabajo a realizar. Así como también tendrá —seguramente, en otras— la reacción en contra. Porque, como la historia nos muestra, la lucha por la igualdad de derechos de las mujeres como parte de la lucha por la igualdad real de todas las personas, está impregnada de los condicionamientos adquiridos compulsivamente y asumidos como propios de la naturaleza, de un “deber ser” consuetudinario pretendidamente explicables.

Hoy estamos frente a otra posibilidad más para señalar la concreción deficitaria de la norma igualitaria, y propiciar e impulsar herramientas que resulten útiles para cumplir el objetivo ético al que se obligó el Estado con la firma de los tratados de derechos humanos y su incorporación con rango constitucional.

2 | De las premisas de que me sirvo para el análisis. De lo que ya sabemos y que es “de público y notorio”

Cuando se habla de “la” mujer —o de “las” mujeres— no dejo de acordarme del *topos uranos* en el que Platón ponía las categorías puras, que no cambiaban nunca y a las que sólo se podía llegar por intuición. “La” justicia, “la” igualdad, eran categorías que, por no estar atravesadas por las pasiones humanas ni por las limitaciones que hacen a la materia. Puesta en ese lugar, hablar de “la” mujer —o “las mujeres”— me urge a plantear premisas de las que me sirvo en mi análisis.

En la historia no ha existido ni existe “la” mujer sino “mujeres” que, desde distintos lugares, padecen o disfrutan de su pertenencia al género por causa del género además del espacio social en el que se encuentran. Ese padecimiento o disfrute está atravesado por cadenas cuyos eslabones son las prácticas de dominación (en cuanto a manejo de la violencia directa o de la formación del consenso) que, por siglos, han logrado introyectar el miedo, la adaptación, la resignación, el sentido de inevitabilidad o de representación. No existe “la” mujer con una ideosincracia atemporal o ahistórica, de caracteres definidos que hagan a algo así como la “mujeridad”. Esa visión sólo fue construida y reproducida para el sometimiento o la dominación de las mujeres por los hombres, con distintas estrategias, hasta que aquéllas se lo creyeron. O, por lo menos, creyeron que esa relación de fuerza no podía revertirse. En ese sentido, aún quedan muchas que así van decidiendo su vida, tratando de evitarse el menor daño posible frente a abusos físicos y emocionales.

La ideología del temor a lo desconocido o a la violencia conocida en este mundo o a la violencia “por conocer” —en este mundo o en de ultratumba, para el supuesto de creer en su existencia— coadyuvaron funcionalmente en la pauperización de determinada franja mayoritaria de mujeres, necesarias para la reproducción tanto de la fuerza de trabajo en tales condiciones como en la de las propias condiciones de dominación. El mayor éxito de ese pensamiento hegemónico muestra un vasto universo de mujeres desvalorizadas que asumieron como propia, natural e irreductiblemente irreversible su condición y la reprodujeron —particularmente, en la familia—. La “buena mujer” —la mujer “de ‘su’ casa” — resumiría, entonces, los valores de laboriosidad, abnegación, fidelidad, entrega, complacencia a los requerimientos masculinos y, fundamentalmente, a la maternidad biológica. Las letras de tango inmortalizaron las diferencias entre un tipo de mujer y otro: de la “costurerita que dio el ‘mal paso’” hasta la que le rompía el corazón al hombre y se iba con alguien de mayor poder económico; del hombre que, abandonado, se daba a la “mala vida” y terminaba en la cárcel o arruinado; y de la “santa madrecita” o “la noviecita” que —mujeres al fin— no eran como “las otras”.

El discurso de poder de la religión y del derecho entrelazó violencia directa y simbólica para socavar identidades e instalar modelos regulados por los grupos hegemónicos para su beneficio.

En el Estado liberal, las élites profundizaron estas exclusiones de oportunidad y trato por la que las mujeres de menores recursos quedaron sometidas al yugo no sólo de los varones sino de otras mujeres, por las que fueron estigmatizadas por lugar de clase —combinable con el color de piel, creencias, nacionalidad o su procedencia—. En particular, la pertenencia a grupos originarios argentinos o latinoamericanos y del Caribe. El trabajo de servicio doméstico por parte de las mujeres con poca o nula instrucción provenientes de familias campesinas o de padres con trabajos precarios, fue llevado a la historia oficial de manuales escolares como algo **natural** —tan natural como la matanza de pobladores de las riquísimas tierras que al Gral. Roca el Estado argentino le avaló conquistar—. ⁽⁹⁾ Tan **natural** como la ficción legal de igualdad en la contratación laboral siendo que la realidad mostraba que una de las partes, por desigualdad supina frente a la otra, carecía de opciones, y —por ende— de libertad material y formal. Que las legislaciones de época no se hicieran cargo de la desigualdad de derechos entre hombres y mujeres, y entre determinados hombres y los demás hombres, así como la existente entre determinadas mujeres y las demás mujeres, no fue producto de la ignorancia de quienes redactaban las leyes ni de los jueces que dirimían los conflictos ni de los docentes que impartían la enseñanza. Nunca hubo tal ignorancia en la órbita del poder y de quienes pretendieron beneficiarse con él. Hubo elección de modelos de vida. Veamos dos ejemplos en la enseñanza de la época:

“(las) masas faltas de alimento y desprovistas de instrucción, movidas a impulsos de sus pasiones o necesidades, pueden producir profundas perturbaciones; poco les importan las leyes, porque nada poseen ni tienen que defender; ‘quieren pan y no discursos’. El pauperismo es un peligroso vicio de nuestra organización (social) que es necesario remediar, no nivelando los hombres en la destrucción y la miseria, como pretenden los comunistas, sino en la virtud y la prosperidad, por medio del trabajo, de la función de la enseñanza, de los establecimientos píos y del amor a la propiedad y al ahorro”. ⁽¹⁰⁾

(9) Ver BAYER, OSVALDO (coord.), *Historia de la crueldad argentina*, t. I, “Julio Argentino Roca”, Bs. As., Ediciones CCC —Centro Cultural de la Cooperación—, 2006.

(10) Ver MARTÍN y HERRERA, FÉLIX, *Curso sumario de Moral. Lecciones dadas en la Escuela Normal*, Obra adoptada como texto por el Consejo Nacional de Educación, 10ª ed., Bs. As., Ángel Estrada y Cia. Editores, 1899, p. 46.

El próximo extracto a modo de ejemplo pertenece a la obra *Manual de Economía Doméstica*.⁽¹¹⁾ Veamos:

“El gobierno interior de una familia, para ser bueno, tiene que amoldarse: 1) A los preceptos de una sana moral. 2) A las leyes y costumbres del país en que se vive. (...) El dueño de casa desempeña casi siempre un oficio, profesión o empleo, que le retiene la mayor parte del tiempo fuera del hogar; no puede, por lo tanto, dedicarse a su gobierno o régimen interno, que corresponde por completo a la mujer. Ella debe distribuir los fondos destinados a los gastos que requiere el sostén de la familia, indicar a cada uno de sus individuos el trabajo que debe desempeñar y vigilar su exacto cumplimiento, cuidar la salud y dar debida dirección a los sentimientos e inteligencia de sus hijos, no abrumar a su marido con exigencia que su posición le impida satisfacer; en una palabra, de la mujer depende la felicidad o la desgracia de la familia; ella da vida a la casa o la destruye. Tan importantes deberes requieren de la mujer una dedicación constante. No sólo debe atenerse a las reglas generales que encontrará en los tratados de economía doméstica, sino que también observará detenidamente lo que se practica en las casas citadas como modelo de orden, y tendrá en cuenta los consejos de las personas ilustradas, y las indicaciones de su esposo, a quien debe procurar satisfacer” (pp. 6/7). “Para que la dueña de casa pueda llenar con acierto su misión, es preciso que cada uno ocupe en la familia el lugar que le corresponde y cumpla con sus respectivos deberes. Se entiende por ocupar cada uno el lugar que le corresponde, que el marido debe ser considerado como el jefe de la familia, al que obedecerán y respetarán la esposa, hijos y demás personas que vivan bajo el mismo techo. Ocupará el segundo lugar la esposa. A ésta debe su marido respeto y consideración a fin de que a su vez los hijos se acostumbren a tratarla con toda deferencia. (...) la madre, que tiene a su cargo el régimen in-

(11) Escrito por una mujer cuyo nombre queda consignado en la portada como F. S. de Martínez, con título de Maestra Normal y —al momento de escribir esa obra— ex Directora de la Escuela Superior Graduada del Uruguay. La cuarta edición del texto —con la que he trabajado— es de 1896 y sirve como modelo de construcción de la desigualdad para la dominación social llevada a la teoría.

terno, (...) sólo en muy graves casos molestará a su marido con cuestiones internas del hogar. (...) He aquí de un modo sucinto los deberes generales de la dueña de casa. Cumpliéndolos con exactitud, conseguirá que reinen en su hogar la tranquilidad, la dicha y el cariño mutuo, que se observa entre los individuos de las familias que están bajo una dirección inteligente y cuidadosa" (pp. 9/10).

La obra se encarga de señalar los conocimientos que debe tener una mujer para llevar adelante su misión dentro de la familia. En la Lección III señala los que debe poseer, que transcribo: "1º) nociones de moral; (...) 2º) conocimiento práctico de las labores de su sexo (...). 3º) nociones de aritmética (...). 4º) principios de educación, (...). 5º) Nociones de higiene (...). Y, finalmente, los principios de Economía Doméstica auxiliarán poderosamente a la dueña de casa. Además de estos conocimientos deberá, si le es posible, adquirir otros; pero cuidando mucho de que estén conformes con su sexo y con la índole de sus deberes" (pp. 11/13).

Recomiendo, para quien pueda tener acceso a este material, la lectura de la Lección IX en la que propone la distribución proporcional del tiempo y los hábitos de orden y sistema en los quehaceres domésticos de la mujer (pp. 27/31) y de la Lección X en la que se desagrega la labor de lavado y planchado en un organigrama semanal. Me detendré sólo en dos apostillas sobre la relación con el personal doméstico que hace la autora (reitero: desde la primera hasta la última hoja del texto no se menciona a la autora sino por dos caracteres: el apellido de su marido y su calidad de Maestra Normal):

1) "Los sirvientes deben tener también su ocupación especial acomodada a sus fuerzas. No porque sean desgraciados, hay que abrumarlos con un trabajo superior al que pueden desempeñar" (p. 1); 2) "Si le es posible hacer por sí misma la compra de comestibles, será conveniente que lo haga, aunque sea acompañada de la sirviente, porque como verdaderamente interesada, elegirá lo mejor (...) y en mejores condiciones que la sirvienta, en quien rara vez se encuentra interés y fidelidad" (p. 28).

Huelgan más explicaciones. El *Manual de Economía Doméstica* resume un modelo disciplinario del cual, desde la perspectiva crítica, es mostrado —a modo de ejemplo— en obras como *Un inspector llama* (*An inspector calls*) de Presley o en la magnífica película *Los santos inocentes*⁽¹²⁾ (de Mario Camús, de 1983), en la que se exhiben no sólo la diferencia jerárquica entre clases sino la que, producida dentro del propio género, de tal suerte que el par de opuestos pasa de ser rico-pobre o varón-mujer, a mujer rica-mujer pobre.

Sobre la diferencia clasista que dividió al género femenino en dos polos: uno, el de las mujeres de familias económicamente poderosas (las “potentadas”) impuso su lugar de clase frente al de las otras, a su servicio. La idea de amparo o protección de las niñas y jóvenes desvalidas tomó, también, el carril del asistencialismo en el que se mezclaron la dádiva indispensable con el desprecio por la situación de quienes la recibían. En nuestro país, la forma de mayor disciplinamiento de las mujeres desposeídas tuvo su pináculo en las llamadas “Sociedades de Beneficencia”, en las que mujeres de la clase dominante y en opulencia, sostenían económicamente lugares de tránsito o de estadía, con alimento, ropa y cobijo a las pobres e indigentes bajo la férrea tutela educacional católica apostólica romana en su versión más alejada de lo que, mucho tiempo después, surgió de la doctrina del Concilio Vaticano II, de los Documentos de Puebla y Medellín. Y tantísimo más alejada de lo que fue la proclamación de la liberación desde el Movimiento de Sacerdotes para el Tercer mundo. Generaciones enteras de mujeres fueron “educadas” en una conciencia de temor reverencial al poder no sólo del “hombre” por ser hombre sino —y aún más— del hombre “con poder”.⁽¹³⁾ Pero no es menos que ese lugar de dominación de mujeres de determinada franja de la sociedad lo fue frente a otras mujeres —las “mujeres de bien”— en cuyas casas tal vez podían llegar a servir (más allá del lugar de sometimiento que éstas últimas padecieran o disfrutaran). Unas y otras fueron asumiendo la carga de ser copartícipes de género de la mítica Eva (la del libro del Génesis del Antiguo Testamento en la Biblia). Niñas y jóvenes provenientes de hogares paupérrimos del interior del país o de

(12) Producción española de magnífica talla con interpretaciones de primerísimo nivel actuarial, entre las que se encuentra el magistral Francisco “Pancho” Rabal.

(13) Ver discurso de Ismene en la discusión con su hermana Antígona sobre qué podían hacer ellas como mujeres —en *Antígona* de Sófocles—. En paralelo, la descripción de vida de Gerónima (HC novelada).

los barrios marginales padecieron —además de las condiciones propias de su lugar de clase, clara consecuencia del modo de producción violento sostenido por entramados ideológicos tanto más antiguos como violentos que aquél— la violencia de género en violaciones, golpizas y trabajos infames. Tanto sus embarazos como sus posibles abortos (intentos fallidos o consumados en las más insalubres circunstancias), se volvían contra ellas en una más inicua victimización de la víctima: señalarla como culpable de lo que padecía, además de adosarle una interpretación perversa en cuanto tales sufrimientos debían ser parte de la correcta enseñanza sobre el comportamiento moral de una mujer. Peor aún al tercerizar el castigo social poniendo en “la voluntad de Dios” la más perversa de las exclusiones, por la desigualdad de base en las posibilidades de decisión. Desigualdad de base, propia del sistema socio-económico, que tiene —en la religión y el derecho— la expresión conciente de enunciados dogmáticos beneficiosos al grupo dominante.

Lo dicho —a ser tenido en cuenta al tratar la relación hombre-mujer/lugar de clase—, remite a que, en la actualidad, y pese al avance normativo en la materia, nos encontramos frente a situaciones en las que se expone alegremente —a pesar de la normativa en contrario— la discriminación clasista entre mujeres y la reproducción de estándares funcionales que siguen pesando sobre “la” mujer. Más aún contra aquellas que pertenecen a sectores desapoderados o vulnerables. En ellas repercute la violencia de género aunada a la de las otras violencias. Por eso repugna el discurso y la práctica por los que esas mujeres padecen un estado de cosas en las que son tratadas en forma desigual en derechos frente al hombre —porque “así es” — y tienen desigual tratamiento frente a otra mujer —por la estética hegemónica—, y por otras mujeres —seguramente por su lugar de clase—. Además de ser mayúsculas las implicancias en lo personal, las referidas desigualdades repercuten en lo social y en lo político.⁽¹⁴⁾

(14) El disciplinamiento social de las desposeídas y marginadas tuvo en la “Ley de Residencia” aplicada en nuestro país, una de sus expresiones más conspicuas. No hablamos aquí de la ilegítima potestad de la autoridad pública de expulsar a una persona del país sin intervención de un juez, basándose en que sus ideas eran un riesgo para el orden social. Sino —abundando la infamia— en que tal expulsión era del “hombre” que, de estar casado o viviendo con su pareja, ésta quedaba sola y aún con hijos para sostener por sus propios medios. La “mujer del militante político” tuvo, así, una enorme influencia en el armado de estrategias de reproducción del orden desigualitario, cuando —válidamente atemorizada de que su marido o pareja no sólo quedara sin trabajo sino que fuera puesto preso por cuestiones políticas o gremiales, o más aún, fuera deportado— optara por presionarlo para desincentivar su partici-

Los distintos estratos sociales separados por capacidad económica también dieron como fruto la diferencia de situación y trato que tienen entre sí las mujeres que ejercen la prostitución —según la clase social de los clientes que tengan o de los establecimientos donde trabajen y los particulares o funcionarios que los avalen y de cuya explotación sacan rédito—. También entre esas mujeres han prendido desprecios mutuos, envidias, resquemor y alguna conmisericordia, sin verificarse aún la unidad de lucha que responde a una conciencia de sí y para sí. Una conciencia de clase y no sólo de género. Para el caso, un avance más que saludable a los fines de construir la éticamente necesaria sociedad de iguales en el acceso al producto social, es arbitrar herramientas idóneas para construir una conciencia de género que no quede deslegitimada por las tendencias y modalidades de vida del decil que ocupemos en la pirámide económica.

3 | Juridicidad y desigualdad real de base

La batalla cultural en materia de concreción de la igualdad real de oportunidades y trato y el pleno goce y ejercicio de todos los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados en materia de derechos humanos, aplicables en especial a mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 CN) se presenta como un desafío mayor en cuanto a las políticas definidas al respecto que dismantelen la encarnadura —en lo social— de siglos de formación clasista, sexista y discriminadora.

En ese orden de ideas —y congratulándonos con el avance en tal sentido que ha tenido la jurisprudencia y la legislación— lo que abordamos aquí es uno de los tantos puntos de conflicto entre normativa constitucional,

pación en la lucha obrera, gremial, social o política. En ese orden de ideas, las sufragistas inglesas sufrieron golpizas, cárcel y persecución, paralelamente al resquemor que provocaban en otras tantas mujeres que, frente a tales luchas, decidían sumarse al escarnio público con que se respondía a las primeras. Nótese que, en la segunda edición de su “Demostración científica de la inferioridad de la mujer” —1905—, Moebius (el de la cinta doblada en forma del signo de infinito) alertaba de las terribles consecuencias para las clases poseedoras si sus mujeres fueran a estudiar o llegaran, a consecuencia de tales estudios, a trabajar fuera de la casa. El científico señalaba que, al dejar a sus hijos en manos de otras mujeres que —por iletradas— eran las que debían encargarse de esas tareas infaustas, no quedaba más que avizorar un futuro ruín para el estado prusiano.

decisiones políticas y consenso arraigado sobre la imposibilidad de inmodificar estándares desigualitarios; o, por lo menos, sobre el costo siempre económico, en última instancia, que provocaría su modificación.

Los Estados Parte que suscribieron a la “Convención contra toda Forma de Discriminación contra la Mujer”⁽¹⁵⁾ lo hicieron —entre otros considerandos— “reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia, resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones”.⁽¹⁶⁾

De allí —en particular, en lo que es tema del presente—, los arts. 2º, 4º y 5º del precitado instrumento incorporado a la Constitución Nacional, en cuanto a las medidas apropiadas que tiene que tomar el Estado “para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.⁽¹⁷⁾

Los estereotipos a los que alude la norma en cuestión advierten de la existencia de esos estándares discriminatorios que redundan en exclusiones no sólo entre géneros sino entre personas del mismo género por razón de nacionalidad, color de piel, idioma, creencias o ideas políticas.

La feminización de la pobreza y el estado de desigualdad de millones de mujeres frente no sólo “al hombre” sino a otras mujeres, es un tema a resolver por decisiones políticas que resultan difíciles de imaginar de no estar consustanciadas con otras que hacen al núcleo mismo de la desigualdad de base en todas sus formas.⁽¹⁸⁾

(15) Aprobada por la resolución 34/180 de la Asamblea General de la ONU el 18/12/1979, referida anteriormente.

(16) Dos últimos párrafos de los considerandos por los que se convino la normativa.

(17) Art. 5º, párr. a), de la Convención de marras.

(18) Como, por ejemplo, que sigan estando gravadas las rentas del trabajo y no las del capital financiero. La realidad muestra vigente la desigual remuneración por igual trabajo. El trabajo

Mientras tanto, la lucha por el ejercicio igualitario de derechos ha ido dando frutos. En la Argentina, como en Chile en la pasada gestión presidencial, y actualmente en Brasil, la función del Ejecutivo es llevada a cabo por mujeres elegidas por voto popular. En nuestro país —como en Bolivia—, además hay mujeres que conducen carteras ministeriales y del Banco Central.

La ley de matrimonio entre personas de igual sexo abrió una puerta más a un derecho vedado (no sólo para las mujeres), quedando aún pendiente una ley de adopción que recepte favorablemente las necesidades de menores y de adultos que deseen adoptar. La Asignación Universal por Hijo era una deuda que fue cancelada hace poco —cancelación que saludamos fervientemente—. Lo mismo que la asignación a la mujer embarazada, para dar cobertura a tal situación que no es otra cosa que priorizar al mismo tiempo a dos de los sujetos a los que el art. 75, inc. 23 CN señalan como de mayor exigencia en las medidas de acción positiva para promover y asegurar la igualdad real de oportunidades y trato y el pleno y efectivo goce de todos los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En este último orden de situaciones, nuevas normas dan cuenta del cambio de paradigmas a los que los operadores del derecho, en particular, deben ajustarse.

4 | Modelos contrapuestos entre sí

Sabemos del papel que le cabe a los medios en la reproducción de modelos hegemónicos funcionales, obviamente, a la perpetuación de un estado de cosas. Tan cierto como que los llamados “aparatos ideológicos del Estado” no son bloques de cemento uniforme y homogéneo. Tienen cesuras. De allí la posibilidad de trabajar en el sentido de inficionarlos y dar la batalla también —o especialmente— en el campo cultural. Decidir entre modelos contrapuestos —para el caso, de mujeres— implica un ejercicio

“en negro”, sin cobertura social de ninguna índole, sigue cayendo sobre las mujeres campesinas o trabajadoras rurales tanto como sobre las del servicio doméstico en mayor medida porque persiste la brecha entre mujeres que han accedido a posibilidades de desarrollo educativo o de educación sistematizada y las que no lo han hecho o que tienen conocimientos que no las hacen aptas más que para los trabajos peores remunerados o en peores condiciones para el mercado.

de honestidad en construcción de la propia identidad y de responsabilidad por lo que nos cabe en la construcción de las identidades en las que impactamos. La mayor capacidad de acceso al conocimiento y al producto social es lo que imprime mayor responsabilidad a la hora de elegir entre modelos contrapuestos entre sí.

Autores de distintas épocas y nacionalidades dieron cuenta tanto de las exclusiones y violencia de género, como de la reproducción de esas exclusiones y violencias dentro del mismo género. También de las resistencias en uno y otro caso. Veamos algunos ejemplos:

- De la literatura clásica, la *Antígona* de Sófocles⁽¹⁹⁾ —a la que hace poco tiempo aludió la presidenta Cristina Fernández en uno de sus *twits*— que decide conscientemente hacerle frente al gobernante de turno. Tiene, entonces, como primer rechazo el de otra mujer, su hermana Ismene que le recuerda la debilidad del género frente a los hombres y, más aún, frente a los hombres con poder.

En la obra homónima de Jean Anouilh,⁽²⁰⁾ inspirada en la tragedia griega, el autor proyecta y desarrolla estos desafíos y condicionamientos en el marco de la renovación teatral francesa correspondiente a los tiempos en que finalizó la Segunda Guerra Mundial. El diálogo inicial de esta *Antígona* con su nodriza es espléndido.

- En *Las troyanas*, Eurípides contrapone dos modelos: Hécuba y las mujeres troyanas, por un lado; y Helena, por el otro. El valor de las primeras no sólo aparece en el sostenimiento de sus hombres y de la ciudad sino, en particular, en el discurso desafiante a los dioses, frente a los cuales el autor pone —en boca de Hécuba como reina del territorio vencido— el quiebre del temor reverencial frente a los dioses a los que confronta negándose a invocarlos al sentirse abandonada por aquéllos. En el otro rincón, Helena, su contratara, en cuya historia de amor con el príncipe troyano Paris, se pretende justificar en forma edulcorada el horror de una ciudad sitiada por diez años y vencida.

El modelo de Helena parece encajar con el de Narciso —mítico adonis que no podía dejar de contemplar su belleza en el espejo del agua, inmovilizado por su propia seducción—. Frente a un Narciso que se cierra en sí mismo, absorto y embelesado, Helena —en ese sentido— es la cara

(19) SÓFOCLES, *Antígona*, 10ª ed., Bs. As., Eudeba, 1987.

(20) ANOUILH, JEAN, *Antígona*, 25ª ed., Bs. As., Losada, 1995.

o modelo complementario: se siente tan pobre que necesita el halago ajeno para subsistir. En el caso del primero, angustiada por la imposible comunicación con él, su enamorada —la ninfa Eco— se recluyó en el bosque y, vaciado de contenido su discurso, quedó repitiendo el de los demás. En el caso de Helena, el modelo es una mujer objeto de culto, que llegue a absorber la conciencia del otro —un hombre— hasta que éste pueda, por ella, matar o morir. En la historia, no fue uno solo. Fue una ciudad entera.

Helena —como Narciso— no tienen más compromiso que para con ellos mismos, sus deseos y necesidades. Representan la vacuidad y lo ilusorio. En contraposición, la “Penélope” de Margaret Atwood.⁽²¹⁾

- Ángeles y demonios. Hadas, brujas y princesas.

En el medioevo se torturó y quemó a millones de mujeres por brujas, hechiceras, endemoniadas, sacrílegas (ver el *Manual del Inquisidor* de Eimeric). A aquéllas se les anteponían las “hadas madrinas” que nos llegan a través de los llamados “relatos infantiles” —verdaderos manuales sobre manipulación de la información para la formación del consenso y, por ende, de los modelos funcionales al mismo—. Para el tema que nos ocupa, uno paradigmático: el de Cenicienta.⁽²²⁾ Algo al respecto: como todos sabemos, el príncipe baila con una Cenicienta que no era tal. Había sido “transformada” en “alguien” que pudiera “encajar” visualmente en el baile de palacio. Durante todo el tiempo en que la descartada tuvo contacto con la autoridad política del momento, nada dijo de su situación ni la de miles de niñas y niños que vivían situaciones similares o tantísimo peores. Nada más disciplinador que el ocultamiento de la verdad. Más aún cuando ese ocultamiento resume la vergüenza sobre la situación de clase, como si ésta fuera una elección propia y no una imposición socio-histórica. El cuento refiere que sólo bailó hasta que se tuvo que ir corriendo dejando atrás el famoso zapatito de cristal y que, cuando el príncipe la buscó y la encontró, vivieron felices. Nada se dijo sobre la posibilidad de Cenicienta —desde ese lugar de poder que era haberse convertido en esposa del príncipe— para modificar en algo lo que

(21) ATWOOD, MARGARET, *Penélope y las doce criadas*, España, Ed. Salamandra, 2005. A la sazón, Penélope se encuentra en la vida de ultratumba con su prima Helena. Impresionante narración de modelos contrapuestos.

(22) Cómo el discurso publicitario actualiza el objetivo de las referidas narrativas.

ella misma había padecido. Todo lo cual no deja de ser entendible en un esquema ideológico donde la idea de ascenso social por casamiento reproduce conductas de aquiescencia con el superior jerárquico o el poderoso económico o político.

- Modelos también en otras narraciones.

De mayor importancia, resulta señalar el nivel de reproducción del sistema jerárquico disciplinario y excluyente que se fue operando, además, en el ámbito de la servidumbre de las casas particulares o de la servidumbre de distintas familias. El cine del “teléfono blanco” marcó tendencia para subyugar al público femenino con la posibilidad de servir a una familia con poder adquisitivo mientras en los años 40 y 50 los temas gremiales sacudían la política de turno. Las fotonovelas y radionovelas preconfiguraron los argumentos que luego pasarían a las telenovelas y culebrones donde el amor barre los límites de clase y la sirvienta se terminaba casando —después de innumerables sufrimientos— con el hijo de “la señora” (ésta, a veces, también lograba aceptarla y hasta querer a la descastada). En el paroxismo de la creatividad, los guionistas adosaban en algún momento que la sirvienta no era más que la hija de un gran magnate al que heredaba y el desenlace amoroso culminaba, entonces, en una gran vida afortunada.

5 | Productos para la mujer y mujeres para los productos

El margen de libertad de opción —lo sabemos— está marcado por las condiciones previas de conocimiento y posibilidades. De allí que la igualdad de oportunidades y trato no es más importante que la libertad. Es un requisito anterior e ineludible para que ésta pueda ejercerse. Lo mismo respecto a la “voluntad”, que deja de ser tal cuando se la cercena o anula con presiones, amenazas o daños directos a la persona —sus bienes o allegados—.

Nada mejor como síntesis del poder que tiene el medio de comunicación en la formación del consenso que recordar a McLuhan cuando, a poco de haberse inventado el aparato televisivo, señaló: “Ya hemos ganado la guerra. Hemos puesto un televisor en cada hogar”. Hoy somos contestes

que la prensa no es el cuarto poder, sino que integra funcionalmente un poder: el económico.

Hasta pocas horas antes de escribir este trabajo pude constatar avisos publicitarios que, a contrapelo del avance del sistema de derechos humanos en el que se inscribe el de los derechos de las mujeres a no sufrir ninguna forma de discriminación ni de estigmatización, hacen gala de impunidad a la hora de decidir la campaña publicitaria. Esto viene de lejos en el tiempo. Las publicidades funcionan como un mecanismo de microembates de repetición —dentro de un formato de similares objetivos— que es el televisivo.

En distintas horas y por distintos canales —de aire y de cable, incluso en la televisión pública— pasan propagandas de electrodomésticos, productos de limpieza para el hogar, aerosoles para eliminar insectos de todo tipo, productos o complementos alimenticios, en las que la línea argumental tiene por sujeto único para la función a la que se dedica el *spot* publicitario a una mujer. Son mujeres jóvenes y de aspecto saludable que, ante el desafío de tener la casa en óptimas condiciones, se les provee el producto necesario —o indispensable—. Veamos algunos ejemplos de esta actividad lesiva y productiva de mercado:

- Una remeda al “príncipe azul” o, más aún, al Superman del *comic*. Es un hombre. Tiene superpoderes. No limpia o, a lo sumo, hace una muestra. Le dice a la mujer qué tiene que usar para que la limpieza sea a fondo y rápida. La mujer lo recibe gozosa y lo despide ilusionada.
- Otra, muestra a una mujer embarazada que llega a su hogar en el que su pareja hombre le muestra orgulloso que le había pintado la pieza al futuro vástago de la pareja. La pintura de las paredes era rosa y, dentro de esa tonalidad, le había diseñado una imagen de un futbolista en pleno juego. La mujer le recuerda que están esperando una nena. Frente a la desazón del padre, la madre —joven— le increpa: “¡Eso no se le puede hacer a una nena!”.
- Imágenes de un hombre bañándose muy contento. De una adolescente en el baño, en pleno acicalamiento. Ninguno de los referidos cuida de que el baño quede en buenas condiciones —orden y limpieza— a su salida. Con lo que el desorden y la suciedad se incrementan. Hasta que, cuando pareciera que ninguno de ellos está presente, entra una mujer joven y, desconsoladamente, dice: “¡Todos disfrutaron el baño menos yo!” —aludiendo obviamente a que era sólo ella la encargada de la limpieza—. Aquí queda en duda si la mujer es la madre o el personal de limpieza de la casa en cuestión. Cualquiera sea la situación, el modelo es deleznable.

- Dos publicidades que dejaron de verse desde hace un tiempo pero que tuvieron un momento de gloria durante su etapa de vigencia. Hablo de:
 1. aquélla en la que una mujer oculta un sobre de salsa instantánea a los ojos de su hijo o de su esposo —según los *spots*— haciéndoles creer que ella es quien ha hecho la preparación casera y logrando la satisfacción de los hombres;
 2. una mujer a la que la voz en *off* del publicitario, le dice que —haciendo una sopa de zapallos instantánea— logrará la mejor opinión del crítico más difícil de complacer. Y entonces se ve a la mujer saliendo de la cocina con un plato de sopa de zapallo que ofrece a su hijo de pocos años de edad, vestido con camisa y moñito, quien —delante de otro hombre, supuestamente el padre— congratula a su mamá con un montón de estrellas dibujadas. ¡Nada más parecido al referido ocultamiento de Cenicienta! Se me ocurre pensar que los hombres tendrían que estar formulando denuncias en el INADI por ser tratados, publicitariamente, como personas irreversible e irremediabilmente incapaces de poner a calentar agua, agregarle un polvito y revolver para que no haya grumos, y —sobre todo— por ser mostrados como sujetos propicios a la estafa por parte de la dedicada madre de su hijito (varón al fin).
- La publicidad de una “sopa instantánea” que comienza mostrando a un “papá” y dos hijos —una adolescente y un varón de unos once años— sentados cada uno en un sillón del living de la casa. El padre, mirando la tv; la hija hablando por celular y el hijo jugando con el celular. Una voz en *off* señala que, antes de la cena, la familia quiere algo caliente (gracias a la tecnología aplicada, las tres personas aludidas aparecen “mágicamente” dentro de un jacuzzi haciendo lo mismo que hacían al inicio de la publicidad). La voz en *off* dice algo más o menos así, con tono casi misericordioso: “pero no..., hay que ponerle algo al agua caliente”, y nuevamente, la imagen queda impactada con una enorme cantidad de espuma de baño en cada uno de los distintos jacuzzis en los que están los personajes que se han visto hasta ese momento en escena. La voz en *off*, sin enfadarse, señala nuevamente: “pero no...”. Entonces, por obra de la tecnología aplicada, desaparecen de la escena los jacuzzis espumantes y vuelven a estar padre-hija-hijo en sus lugares de origen y aparece, por la puerta de la cocina, la madre con una bandeja de sopas, que les sirve a cada uno. Entonces la voz en *off*, satisfecha, dice: “ahora sí...”.
- La cereza del postre en cuanto a modelo de anacronismo: la publicidad que muestra, en una aldea de tipo feudal, a una serie de doncellas que lavan la vajilla. Desde lejos viene un caballero. Elegirá a una. Pero, ¿a cuál de ellas?—se pregunta la voz en *off*—. La respuesta la da la misma voz en *off*: la que tiene las manos más suaves porque lavó la vajilla con el producto tal por cual. Y se muestra la doncella mirando sus manos y al caballero —a su lado— tomándoselas entre las suyas, y ambos felices.

La estética de las mujeres que sirven como modelos de productos no reproduce prejuicios sino productos o resultados socio-históricos de la desigualdad social y de la colonización ideológica. Veamos, por ejemplo, que la exposición publicitaria de productos para la belleza corporal o capilar derrocha en significaciones que no tienen necesariamente que ver con el pelo en sí. Se presenta el largo o la calidad del pelo puestos en combo con modelos de mujeres que reproducen la exclusión de estéticas populares o de orígenes ancestrales latinoamericanos. Esos productos de belleza capilar o corporal no están destinados a mujeres que están en las franjas de menor capacidad económica de la escala social. Justamente porque no van a destinar dinero en tales compras, los modelos de modelos usados muestran la estética superviviente de la distribución clasista. Para las que no pueden comprar el producto, la publicidad les deja la posibilidad de admirar lo que no tienen —ni van a tener— estética ni económicamente, y que se alegren con la modelito argentina rubia, blanca y radiante porque tenía cinco problemas con su pelo y ¡al fin pudo solucionar los cinco con tal producto! Obviamente —aunque no está de más decirlo—, estas campañas publicitarias juegan también con la capacidad de provocar —aun en mujeres con dificultades económicas o financieras— la “necesidad” de comprar tal o cual producto de belleza. Nótese que esta “necesidad” —que no me dedicaré a profundizar en este trabajo— se ajusta al conflicto de base en los términos magistralmente delineados en la composición de los personajes de la obra teatral *Las criadas*.

- Los **modelos de modelos** usadas para la promoción de los productos referidos *supra* —al igual que los lugares elegidos para mostrar tales promociones— difieren notoriamente de los usados para los productos de limpieza o del hogar en general. En estos casos, como también en los que promocionan comestibles, el modelo de modelo usado es el del ama de casa cuya felicidad se resume a lograr la limpieza más profunda con el olorcito más químicamente provisto por la empresa que lo elabora, para que su familia —cuando llegue— esté contenta y el hogar sea un dechado de delicias. De más está decir, que ninguna propaganda de productos de limpieza o de insecticidas se ocupa de mostrar la posibilidad de su uso en una familia de bajos recursos económicos. Seguramente porque los evaluadores de marketing han detectado que es contraproducente para el objetivo de venta o porque, en forma realista, determinaron que aquéllos no son interlocutores válidos de su discurso.
- Los modelos de modelos usados para la promoción de productos destinados al mejoramiento de la calidad de vida de personas mayores, deambulan entre extremos de fantasía y de patetismo. Los mayores de edad que aparecen se

pueden reír porque no se les caen los dientes, y son mostrados con una estética en acción en paralelo con los anteriores —que eran con personas más jóvenes o muy jóvenes—.

En sentido opuesto a los ejemplos reseñados *supra*, es importante hacer notar algunas campañas que propiciaban el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en concordancia con la Convención. Veamos dos ejemplos:

1. Publicidad de pañales para bebés, campaña publicitaria con un papá (el actor Pablo Echarri) atendiendo a su hijito durante toda una tarde hasta que —según dice el actor— “llegue mamá y coman todos juntos”. Se lo nota —al susodicho papá— con poca experiencia en la tarea y tratando de lidiar con la higiene del hijo al mismo tiempo que con sus ganas (las del papá) de ver un partido de fútbol televisado.
2. Otra publicidad también llevada adelante por un actor (Damián De Santo) al que se ve preocupado por preparar un comida lo suficientemente liviana para cuando vaya de visita su suegra, o —en otro *spot*— para que el desayuno que prepara reaglutine con gusto a toda la familia antes de que su esposa salga corriendo al trabajo y sus chicos a la escuela.

Quienes diseñan las campañas publicitarias eligen qué decir y cómo decirlo. Esa elección —aprobada por la empresa que contrata tales servicios— es la que debe ser interpelada a partir del modelo ético constitucionalizado. Los creativos de las empresas publicitarias buscan los textos e imágenes más efectivas y eficaces para conseguir que la empresa que pretende imponer su producto les deje la campaña en sus manos. Tanto los primeros como los segundos se hacen responsables de poner en el mercado un producto a través de una herramienta (la modalidad publicitaria a la que me refiero en este trabajo). Los publicitarios y sus clientes tienen derecho a plantear la campaña que mejor les plazca.

En la medida en que el contenido de tal campaña esté reñido con la norma constitucional lesionando directamente su contenido, el Estado está obligado a no tolerar la impunidad de tales avances sobre lo que tanto costó lograr, por lo menos, normativamente. Ciertamente es que, a la sociedad le queda —también— el organizarse para boicotear la compra del producto en cuestión como respuesta al contenido despreciable de la campaña promocional. Eso es tan cierto como que —respecto a determinados productos— el boicot no daría resultado alguno toda vez que, por el costo de aquéllos en el mercado, sólo están disponibles para bolsillos de mujeres

con alta capacidad económica o con alta disponibilidad de dinero, lo que no siempre indica un alto grado de conciencia sobre el tema en trato.

El avance jurídico en derechos humanos no puede desatender esta área que hace a la batalla cultural a la que ya nos referimos oportunamente. En el ejercicio de la titularidad de los derechos enunciados constitucionalmente estará la clave de un movimiento en ese sentido —lo que nos lleva al punto inicial o de base— tanto con la promoción del debate de estas temáticas en los distintos espacios sociales así como de las acciones idóneas a las que los ocurramos. Incluimos en lo antedicho, las jurisdiccionales como las de impulsar políticas de Estado que impidan la impunidad de embates publicitarios que reseñan ideologías discriminadoras —por clasistas y sexistas— aún vigentes. En ese sentido —y para el tema en trato—, es que nos debemos la pregunta y repregunta sobre cuánto falta por superar en las relaciones de género y exclusión en la Argentina de los 90; cuándo el modelo de salvataje del modo de producción en crisis mostró la desfachatez impía de las políticas neoliberales de época; cuándo la frustración y la supervivencia remedaban aquello de que

“el cuerpo funciona como un límite fronterizo, ‘factor de individuación’ (Durkheim), lugar y tiempo de la distinción. El cuerpo, en cierta manera, es lo que queda cuando se perdieron los otros. (...) En el segundo momento del avance individualista, el de la atomización de los sujetos y el de la emergencia de una sensibilidad narcisista, el cuerpo se convierte en el refugio y el valor último, lo que queda cuando los otros se vuelven evanescentes y cuando todas las relaciones sociales se vuelven precarias”.⁽²³⁾

6 | Más modelos de mujeres: de violencias, adaptaciones y resistencias

La violencia contra la mujer —desde el varón, desde otra mujer, desde el modo de producción— adquiere múltiples rostros. Son las máscaras tras las cuales aquélla queda cautiva. El lugar de la mujer y sus distintos cautiverios ha sido abordado en la literatura desde distintos ángulos. Se lo en-

(23) LE BRETON, DAVID, *Antropología del cuerpo y modernidad*, 1ª ed., 4ª reimp., Bs. As., Nueva Visión, 2008, p. 153.

cuentra, además de lo citado en el decurso del presente trabajo, en obras como *La casa de Bernarda Alba* y *Yerma* de Federico García Lorca; *Casa de muñecas* de Henrik Ibsen; en los personajes femeninos como la Eréndira y “su abuela desalmada” del cuento de Gabriel García Márquez; en la madre y la hija sufrida de *Como agua para chocolate* de Laura Esquivel; en *La mujer rota* de Simone de Beauvoir o *La mujer habitada* de Gioconda Belli. Las letras nos dejan a mujeres que escriben sobre el abanico de posibilidades en que se manifiesta el género. Recordemos, por ejemplo, a Juana de Ibarbouru, Victoria Ocampo, Alfonsina Storni, Gabriela Mistral, Silvina Ocampo, Virginia Woolf, Marcela Serrano, Ángeles Mastreta, Marguerite Duras y Marguerite Yourcenar. En ellas, como en tantas otras, campea —aunque no siempre explicitada— la función política de ese lugar de exclusión. Como aditamento, otro tipo de narraciones —como las habidas en letras de tango— muestran el lugar de sacrificio femenino como encomiable virtud.

El lugar de inferioridad y exclusión —aun en la modalidad cosificatoria—, también es reproducible por la mujer. Los motivos son múltiples como múltiples son las posibilidades de confusión por la cantidad de nudos que tiene la atadura de temores con los que vivimos o intentamos vivir.

Frente a descripciones pletóricas de moralina, se alzan las antiguas y modernas “guerreras”. Algunos nombres —al correr de la pluma— nos acercan a esa femineidad contrahegemónica: Juana Azurduy, “la” Delfina, Bartolina Sisa y Gregoria Apaza —mujer y hermana respectivamente del caudillo indígena Túpac Catari—, Rosa Luxemburgo, Frida Kahlo, Madame Curie, Rigoberta Menchú, Lola Mora, Alicia Moreau de Justo, Isadora Duncan, Violeta Parra, Eva Perón, la Merello (en particular, cantando “Se dice de mí”), las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo —de las que me permito recordar a Azucena Villaflor (cuyos restos hoy descansan en la parroquia de la Santa Cruz, desde donde fuera ejecutada cuando comenzó su peregrinaje junto a otras mujeres en busca de sus hijos), Hebe de Bonafini y las siempre queridas y presentes Norita Cortiñas y Mirta Baravalle—, junto a las tantas otras desconocidas: las que siguieron experimentando en la elaboración de medicamentos, las que estuvieron codo a codo con los hombres en las batallas, las que propiciaron el ingreso a entidades académicas que lo impedían, las sufragistas, las militantes políticas, las campesinas y trabajadoras fabriles, las madres biológicas y no biológicas y las docentes que —no obstante las condiciones adversas— enseñaron y enseñan, con

su ejemplo, que es posible constituir relaciones desenmarcadas de los aparatos ideológicos del Estado. También están las mujeres de *Mujeres* de Eduardo Galeano, y las de Gioconda Belli y las de Marcela Serrano. *Mujeres y modelos*. Modelos de mujeres, violencias, adaptaciones y resistencia. Como *En el tiempo de las mariposas*, de la dominicana Julia Álvarez, narradora de lo vivido/padecido por la familia Mirabal a manos de dictador Rafael Leónidas Trujillo.⁽²⁴⁾

Y, por supuesto, también están aquellos hombres maravillosamente indispensables que las han podido soñar, acompañar, disfrutar o hasta dedicarle un libro, como es el caso de Tzvetan Todorov —ensayista, historiador y filósofo— quien en la primera hoja de su obra señala —como única dedicatoria—: “Dedico este libro a la memoria de una mujer maya devorada por los perros”. En la página siguiente, Todorov transcribe a Diego de Landa (*Relación de las cosas de Yucatán*, p. 32), que había escrito: “El capitán Alonso López de Ávila prendió una moza india y bien dispuesta y gentil mujer, andando en la guerra de Bacalar. Ésta prometió a su marido, temiendo que en la guerra no la matasen, no conocer otro hombre sino él y así no bastó persuasión con ella para que no se quitase la vida por no quedar en peligro de ser ensuciada por otro varón, por lo cual la hicieron aperrear”.⁽²⁵⁾

(24) Todo parece iniciarse cuando el mencionado conoce en una fiesta a Minerva Mirabal, quedando tan impresionado que decide conquistarla. Asediada por el dictador en varias oportunidades, Minerva abofetea públicamente a Trujillo, por propasarse en sus atenciones. “Hemos oído historias de jóvenes drogadas, luego violadas por el Jefe”, dice. La cadena de desaires de la familia Mirabal con el régimen alcanza su clímax cuando el padre y sus hijas deciden retirarse de otra reunión, desatando la cólera del dictador por considerarlo “una grave ofensa”. A Trujillo no le bastaron las disculpas de Enrique Mirabal, quien a instancias de sus amigos, se vio obligado a enviarle un telegrama con sus excusas. Pocos días después, Mirabal fue detenido y llevado a una prisión, y posteriormente lo seguirá su hija Minerva, acusada de complotar contra el régimen. Un riguroso espionaje en torno a la familia Mirabal llevó a la conclusión de que la joven tenía estrechas relaciones con miembros del Partido Socialista Popular. Varias semanas duró la prisión de padre e hija.

Finalmente, el cerco se estrechó para Enrique Mirabal, quien murió en diciembre de 1953, luego de haber sido sometido a torturas y humillaciones durante su permanencia en varias prisiones. María Teresa, Minerva y Patria Mirabal, fueron asesinadas el 25 de noviembre de 1960 por orden de la dictadura trujillista.

(25) Ver TODOROV, TZVETAN, *La conquista de América. El problema del otro*, 2ª ed., Bs. As., Siglo Veintiuno Editores, 2003. Para mayores datos explica: “La cacería de indios con perros, otro ‘descubrimiento’ de Colón, descansa en una observación semejante: ‘que un perro vale para contra los indios como diez ombres’” (*op. cit.*, p. 48).

7 | Para seguir caminando

Hace unos años se publicó un texto en el que Bidart Campos y Guido Riso compilaron trabajos doctrinarios en distintas ramas del Derecho bajo el título: *Los Derechos Humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa*. Los compiladores acertaron en dos señalamientos:

- a. que el paradigma sobre el que se asentó la lucha por la juridización de los derechos humanos implica un cambio revolucionario frente a toda ideología fundante tanto de criterios de solución economicista, como de políticas discriminatorias por motivo de sexo, clase, credo, o pensamiento;
- b. que este cambio radical en el eje de sustentación de las políticas públicas no concluye con la sanción de un sistema de normas en tal sentido, sino que, de consuno, éste es un elemento instrumental de cambios concomitantes —presentes y a futuro— en las decisiones políticas y en el espacio social. En ambos planos se establecerá la lucha por concretar lo normado constitucionalmente en materia de derechos humanos. Frente a esto, el paradigma opuesto y un consenso social manipulado particularmente en base a condicionamientos atávicos y a experiencias vividas. Los unos y las otras inducen a despreciar la posibilidad de concretar la manda igualitaria tanto como promueven una parálisis por el temor de detonar la respuesta reaccionaria de aquellos grupos a los que el nuevo paradigma le resulta revulsivo y que suponemos o sabemos con poder suficiente para desestabilizar la economía y la política del Estado.

A esta altura del siglo XXI, lo señalado en este trabajo es sólo un muestreo que da cuenta de una certeza inexorable: los cambios que deben operarse en el sentido de la Convención sólo se producirán si en la relación de fuerza, la de mayor peso específico se inclina favorablemente hacia aquéllos. No se necesita demostración alguna para sostener la irrefutable contradicción entre el paradigma igualitario y las condiciones de supervivencia del mercado; tampoco se necesita demostración de verdad en cuanto a la reticencia hasta el desprecio que produce en distintos sectores sociales la sola idea de que el Estado pueda arbitrar políticas que tengan como objetivo “la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino” (Convención, art. 10, c). La norma está escrita, pero su concreción o dilución devendrá del resultado que surja de los tironeos entre fuerzas en pugna: a) las de las agujas del reloj de la Convención y del art. 75 en sus incs. 22, 23 y ccs. CN; b) las de los operadores del mercado que se nutren de lo contrario; c) las de los distintos sectores sociales y políticos comprometidos ideológicamente con a) o con b).

De allí que, más allá del juramento de defender la Constitución Nacional que hayamos hecho como abogadas al momento de la colación de grado, vivir en consonancia con la ética puesta en norma constitucional importa —de suyo— aportar al arduo trabajo de formación social contrahegemónica y a la toma de decisiones políticas que coadyuven a tal fin. Habremos de asumir, necesariamente, la reacción de quienes ven en esto un ataque personal a sus intereses y a su lugar en ese supuestamente inamovible *statu quo* que han disfrutado, disfrutan o que sueñan disfrutar.

Por la firma de instrumentos internacionales en la materia, el Estado tiene la obligación de intervenir con políticas de discriminación positiva por todo el tiempo necesario mientras subsista la situación de desigualdad real. En ese sentido, propongo que los distintos foros y espacios sociales y profesionales en los que se traten materias articulables con la manda constitucional en derechos humanos:

- a. denunciar que repugna al paradigma ético juridizado con rango constitucional y legal vigente, el nivel de prejuicios y de funciones estereotipadas de hombres y mujeres que se constatan en publicidad televisiva. Esto, con detalle del producto expuesto.
- b. Dar a conocer tal documento a través de los canales comunicacionales operativos a tal fin, tanto a la población en general como a las agencias del Estado que se ocupan de la materia en cuestión. Asimismo, a la Cámara de Diputados y a la de Senadores en cabeza de los titulares de las distintas bancadas. *Idem* a la abogacía organizada (asociaciones, colegios, federación). *Idem* a los medios masivos de comunicación —con particular énfasis a la televisión pública—.
- c. Denunciar al INADI estas situaciones y otras de similar tenor e instar se denuncien personal o colectivamente —a través de los colectivos que propendan a los fines en trato—. *Idem* ante las Defensorías del Pueblo.
- d. Instar a que —en el marco de las asociaciones mencionadas en b. y c.— se desarrollen actividades sobre lo expuesto incluyendo la confrontación con el Consejo Nacional Publicitario.
- e. Instar la promoción de acciones conjuntas con distintos espacios sociales y del quehacer cultural, gremial y político, que tengan por objeto la suspensión de toda campaña que se base, reproduzca o profundice patrones socioculturales lesivos o prácticas consuetudinarias y de cualquier índole fundados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los dos sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.
- f. Toda aquella otra iniciativa que esté en línea con lo expuesto aunque no esté mencionada en este listado.

Democratización judicial

por ALBERTO GONZÁLEZ ARZAC⁽¹⁾

Aristóbulo del Valle, prestigioso jurista argentino del siglo XIX, políticamente enrolado en el autonomismo de Adolfo Alsina primero, y fundador del radicalismo junto a Leandro Alem en 1891, en su *Derecho Constitucional* concebía así nuestro sistema de gobierno:

“República es la comunidad jurídica organizada sobre la base de la igualdad de todos los hombres, cuyo gobierno es simple agente del pueblo, elegido por el pueblo de tiempo en tiempo y responsable ante el pueblo de su administración. En el sentido de la Constitución de Estados Unidos y de la Argentina, esta idea se complementa con la existencia necesaria de tres departamentos de gobierno, limitados y combinados que desempeñan, por mandato y como **agentes del pueblo**, los poderes ejecutivo, legislativo y judicial”.⁽²⁾

Al desmantelarse la organización colonial hispánica, no fue tarea fácil trasladar ese sistema republicano al Poder Judicial, pudiendo evidenciarse en ello un notable retraso respecto del Poder Legislativo y el Ejecutivo, aún cuando respecto de éste tampoco pueda afirmarse que no existieron dificultades. Ello puede comprobarse historiando la evolución de institucio-

(1) Director del Instituto de Historia del Derecho del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Ex Secretario del Consejo Federal de Inversiones y Ex Inspector General de Justicia de la Nación. Ex profesor en las Universidades de Buenos Aires, Lomas de Zamora, John. F. Kennedy. Profesor Invitado de la Universidad de Morón. Autor de numerosas obras, entre ellas, *Constitución y Factores de Poder* (Bs. As., Ed. Quinque, 2012).

(2) DEL VALLE, ARISTÓBULO, *Derecho Constitucional*, T. II, Buenos Aires, 1895, p. 70.

nes que, hasta 1810, habían respondido a criterios monárquicos y fueron derivando posteriormente a concepciones republicanas.

I | Primeros intentos

En lo referido a la organización judicial, afirmó Ramella que los intentos constitucionales de 1819 y 1826 fueron el “origen argentino” de la institución del “juicio por jurados”,⁽³⁾ que indudablemente constituye una forma de participación del pueblo (a través de vecinos caracterizados que conforman el jurado) en las causas judiciales de naturaleza penal.

En efecto, los artículos CXIV y 164 de las malogradas constituciones de 1819 y 1826 repetían esta norma: “El Cuerpo Legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por jurados, en cuanto permitan las circunstancias”.

Era por aquel entonces una manera de incorporar al pueblo en las instituciones judiciales, conformando tribunales no profesionales ni permanentes, cuyo cometido consistía en determinar la culpabilidad o inocencia del acusado.

Esa institución de origen inglés fue adoptada en Estados de Norteamérica, Nación cuya Constitución de 1787 fue pionera entre las de naturaleza republicana.

2 | Constitución de 1853

La Constitución argentina de 1853 mantuvo idéntico criterio en los artículos 24 y 64, incs. 11 y 99. El primero de ellos disponía que “el Congreso promoverá en todos sus ramos el establecimiento del juicio por jurados”, concepto que reiteraba en el art. 64, inc. 11, respecto de las facultades del Congreso Nacional y que se enfatizaba en el artículo 99, que establecía: “Todos los juicios criminales ordinarios (...) se terminarán por jurados, luego que se establezca en la Confederación esta Institución”.

El informe de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso Constituyente admitió el origen de la institución, señalando que “como cristianos y demócratas, y teniendo noble emulación a los federales del

(3) RAMELLA, PABLO, *Derecho Constitucional*, Bs. As., Ed. Depalma, 1986, p. 721.

Norte de América, modelo de engrandecimiento rápido y de libertad civil y política” adoptan modalidades probadas en el “molde” (al decir del constituyente Gorostiaga) de esa Nación. Y, a diferencia del Poder Ejecutivo y Legislativo que debían elegirse en comicios, para el Poder Judicial idearon una “Corte”, designación que conservó el tufillo monárquico no sólo en el nombre, sino en la inamovilidad de sus miembros y en la eximición fiscal. Su designación no era periódica ni electiva.

3 | Constitución de 1860

Al reformarse aquella Constitución en 1860, las normas relativas al juicio por jurados fueron mantenidas en los arts. 24, 67, inc. 11 y 102; no obstante lo cual, hasta mediados del siglo XX, el Congreso nacional no había dictado aún la ley de establecimiento del juicio por jurados.

Tanto es así que, en la Convención Constituyente de 1949, el convencional Giardulli justificó su supresión en el hecho que, después de tantos años, “jamás se haya puesto en ejercicio esta disposición constitucional”.⁽⁴⁾

Aquella reforma de 1949 autorizó a las legislaturas provinciales a reformar sus constituciones y promovió un proceso de provincialización de los antiguos territorios nacionales. Dos de las nuevas provincias, Eva Perón (La Pampa) y Presidente Perón (Chaco), ambas en su artículo 96, establecieron que ciertas causas criminales se resuelvan en juicios por jurados.

Una proclama militar del dictador Pedro E. Aramburu en 1956 arbitrariamente abrogó todas aquellas constituciones, entrando nuevamente en vigencia los arts. 24 y 67, incs. 11 y 102 de la Constitución Nacional de 1853-60, que habían legislado infructuosamente el juicio por jurados.

4 | Soberanía del pueblo

La Constitución de 1860 también había incorporado otro principio que no estaba escrito en la de 1853: el de **soberanía del pueblo**, establecido en el art. 33. De esa manera, las instituciones republicanas debieran haber tomado un giro democrático. Pero ese principio tampoco fue debidamente

(4) DIARIO DE SESIONES, Bs. As., 1949, T. I, p. 372.

respetado durante muchos años: recién empezó a respetarse en 1912, con la sanción de la Ley Sáenz Peña del voto universal, secreto y obligatorio en las elecciones nacionales para el Poder Legislativo y Ejecutivo.

Mucho menos lo fue en el Poder Judicial donde continuaron sin cumplirse las normas sobre juicio por jurados y los jueces siguieron designándose sin consultar al pueblo “soberano”.

Pablo Ramella alertó respecto de que se quiera convertir a los magistrados judiciales en “una clase separada” de la sociedad, diciendo que “entra en el terreno de quienes desean desprestigiar el quehacer político, querer instituir una justicia aséptica apartada de la realidad social y de la evolución jurídica que requieren los tiempos. No es que los jueces deban estar sometidos a un gobierno. Deben estar sometidos a la realidad circundante”.⁽⁵⁾

Por su parte, el Dr. Gabriel Macaggi ha puesto de manifiesto que, mientras el Poder Judicial se presenta a sí mismo como “independiente”, está en realidad subordinado a las élites del poder real y adopta un discurso de defensa de la constitucionalidad cuando advienen al poder formal movimientos políticos populares.⁽⁶⁾ Estos intentos de carácter político tienen sustento en la “soberanía popular”, que se expresa en elecciones para designar representantes en el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Frente a ello, el Poder Judicial permanece inmutable, respondiendo a los mismos patrones, en actitud reaccionaria.

4.1 | ¿Dónde reside entonces la alardeada “soberanía”?

La democracia (gobierno de “demos”, en griego: pueblo) es el sistema por el cual una multitud de seres humanos procura alcanzar el bienestar general a través del gobierno mayoritario con respeto de las minorías. Toda vez que el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial son los órganos de gobierno, deben responder a esa finalidad.

(5) Ver RAMELLA, PABLO, *Derecho Constitucional*, op. cit., p. 788.

(6) Ver MACAGGI, GABRIEL, “Independencia Interna: Clave de la Reforma Judicial Latinoamericana”, en *Revista Derecho Público*, año II, n° 4, marzo, Ediciones Infojus, 2013.

Cuando cualquiera de esos Poderes (o todos ellos) responde al sector social minoritario que explota a la mayoría, deja de ser “democrático” y se convierte en “oligárquico”.

Esto es lo que históricamente ha pasado en la República Argentina con el Poder Judicial de la Nación, ámbito reservado a pocos (en griego se dice “oligon”) desde la instalación de la Corte Suprema el 15 de enero de 1863. Por ello Arturo Sampay afirmó que “es el instituto de reaseguro” de la oligarquía tradicional.⁽⁷⁾ Allí es donde debe iniciarse la democratización judicial, puesto que la putrefacción (como en el pescado) comienza por la cabeza.

5 | Constitución de 1994

A partir de la reforma de 1994, la Constitución ha organizado un Poder Judicial bicéfalo: una Corte Suprema de Justicia y un Consejo de la Magistratura, que según el art. 114 “será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley”.

Obsérvese que ninguno de los dos cuerpos que encabezan el Poder Judicial está elegido por el voto directo del pueblo soberano, como sí ocurre actualmente con ambas Cámaras del Poder Legislativo y con el Presidente y el Vicepresidente de la Nación. Es una incongruencia que está en la letra misma de la Constitución. Esto permite que el Poder Judicial carezca de naturaleza democrática, persistiendo en su tendencia oligárquica.

En el caso del Consejo de la Magistratura, es evidente su carácter corporativo y antidemocrático, puesto que allí el pueblo soberano es convidado de piedra y ello ha sido convalidado judicialmente en reciente sentencia *in re* “Rizzo, Jorge Gabriel s/ acción de amparo-medida cautelar”, donde la Corte Suprema declaró inconstitucional la ley 26.855 que procuró otorgar al Consejo de la Magistratura una integración acorde con la soberanía del pueblo, sometiendo a elección popular la designación de sus miembros.

(7) SAMPAY, ARTURO E., “La Evolución Constitucional Argentina”, en *Las Constituciones de la Argentina*, Bs. As., EUDEBA, 1975, p. 67.

Allí la Corte, ratificando el concepto de Sampay de que es "instituto de reaseguro" de la oligarquía, ha limitado ese Consejo de la Magistratura al arbitrio de abogados, jueces, académicos y legisladores que corporativamente suelen estar notoriamente influidos por los intereses económicos que profesionalmente sirven. De esa manera, grupos minoritarios se convierten en depositarios de uno de los poderes políticos de la Nación, a espaldas de la mayoría democrática.

6 | Conclusión

En una Nación democrática, si el Poder Judicial carece de representación popular no es apto para que se le atribuya la facultad de interpretar la Constitución (permanentemente invocada por la Corte) porque ello implica negar abiertamente la soberanía del pueblo, que es basamento del texto constitucional y exige una Justicia democrática, acorde al sistema de gobierno.

El pueblo debe estar presente en la integración del Poder Judicial, tanto como en los otros poderes del Estado. De lo contrario, la Justicia seguirá siendo oligárquica, destinada a satisfacer intereses minoritarios, a contrapelo de la organización democrática que anhelamos los argentinos.

Concepto y cualidad de la Constitución federal⁽¹⁾

Su rol procesal

por **RAÚL GUSTAVO FERREYRA**⁽²⁾

“...Todos los países suramericanos están sojuzgados por centros de energía económica situados en el hemisferio norte; trabajan con arreglo al mercado exterior, al que envían lo que aquéllos necesitan y de donde traen lo que a los otros les sobra. No pueden ser, por lo tanto, centros reguladores ni, aunque produzcan alimentos de primera necesidad, árbitros en la oferta y la demanda. Tienen que ser por fuerza zonas marginales de un centro de consumo y de explotación extraño, que necesita ciertos productos que nos obligan a cultivar. También en tal sentido resultamos ser factorías, colonias y dominios, pues producimos lo que ellos quieren y ellos quieren que produzcamos lo que no les conviene o no pueden producir. Esa constelación de intereses extraños desbaratan los gremios y las cooperativas. Cada una de estas repúblicas tiene, pues, un problema interno con aspectos de dilema, un problema de organización, de intercambio: el del comercio interno, el de la cultura interna; y no es posible que entren a participar en un sistema de relaciones de orden internacional sin resolver antes esos problemas. Mientras la solución de sus problemas dependa de la voluntad ajena, que tiene interés en no resolverlos, no pueden comunicarse entre sí directamente, porque la unión sería la verídica independencia de estas repúblicas. La desinteligencia pansuramericana es efecto del orden de relaciones entre el sur y el norte...”

Martínez Estrada, Ezequiel, Radiografía de la Pampa, Buenos Aires, 1933

I | Apertura: hechos e ideas

El hombre comienza, desarrolla y finaliza su vida en dos ámbitos o realidades: el natural o físico y el comunitario e individual. La historia ates-

(1) Presencia imborrable e inolvidable del magisterio del Prof. Dr. Germán J. Bidart Campos: en homenaje permanente, se adopta “Constitución federal” de la República Argentina para captar los enunciados que reglan u objetivan el estudio.

(2) Abogado. Doctor por la Universidad de Buenos Aires. Catedrático de Derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

tigua, pero ni la ciencia ni la tecnología actual se encuentran en condiciones de predecir ni retrodecir concluyentemente sobre el enigmático momento original o sobre la existencia del momento final o fecha de caducidad del *homo sapiens*.

La naturaleza se constituye por una totalidad de cosas físicas (concretas), sus estados y procesos; su descripción más o menos exacta encierra siempre una colección de hechos (estáticos y cinéticos), con el detalle de su uniformidad, regularidad y estabilidad.

La comunidad se constituye por una totalidad de cosas ideales (constructos), sus estados y procesos; encierra una colección de normas, con el detalle de su creación, validez y cambio. Las preguntas del hombre para consigo mismo, el abordaje y penetración en su inherente individualidad, la búsqueda y afirmación de la identidad recóndita o evidente de su propio ser y de su existencia son comprendidas con un proceso semejante: ideas o pensamientos. La propia configuración o formulación de una norma es un hecho porque forma parte de la realidad mundana; la norma creada o producida no es un hecho físico, porque es pura convención; obviamente —sí, repito— lo es el dato elementalísimo de su constancia.

La relación del hombre “en” y “con” cada uno de estos ámbitos o realidades fundamentales generó y seguirá generando diferentes conflictos y armonías. En miles de años el hombre ha descubierto, inventado o creado, según los casos y sin importar ordenación cronológica: las herramientas, el fuego, las máquinas, la agricultura, el lenguaje, la escritura, la filosofía, las artes, el saber científico y el conocimiento tecnológico (entre ellos, nuestra tecnología social: el Derecho). La razón y la experiencia permiten al hombre ser y desarrollar la única especie capaz de transmitir, a la siguiente generación, conocimientos y habilidades, con bastante objetividad. También se comunican tradiciones, muchas de ellas funestas o híbridas por los temores o tabúes que contienen y engendran o por la fuerte inclinación al reposo que suscitan. El hombre, hasta el momento, es el único creador de las normas sociales. Fueron las normas, sus ideas, precisamente, las que han permitido la elevación del hombre por sobre el resto del reino animal. ¿O acaso hay otra razón?

La distinción entre mundo natural y mundo cultural no goza de aceptación universal.⁽³⁾ Hay quienes creen o sostienen que sólo existe una realidad irreductible: los hechos, razón por la cual las normas son establecidas por voluntad del creador, de los creadores, o del dominador del universo o dominadores del universo que puede o pueden ser un dictador o dictadores. Contrariamente, hay quienes piensan que todos los hechos deben ser reducidos a normas, razón por la cual las normas serían o constituirían la única realidad verdadera y por ende irreductible. De modo crítico, hay quienes sostienen que la producción de las normas sociales es una convención,⁽⁴⁾ por lo que el hombre es el responsable de las mismas, razón por la cual, aunque se trata de dominios eminentes, resulta aconsejable tender un puente entre el ser y el deber ser, sin pausas, constantemente y con firmeza.

El *homo sapiens* exhibe miles de años en su recorrido por la Tierra. Sin embargo, la organización y unidad comunitaria con fundamento coherente

(3) Nadie puede establecerlo fehacientemente. Rodolfo Mondolfo enseñó que la reflexión sobre el mundo humano precedió a la reflexión sobre el mundo natural (en *En los orígenes de la filosofía de la cultura*, Bs. As., Hachette, 1960). Decir por tanto que la antropología precedió a la cosmología o viceversa, en estas escuetísimas líneas, constituiría una aseveración abierta a sospecha, pero un homenaje al filósofo. Quizás, un fragmento del *Protágoras* de Platón conserve alguna utilidad literaria, porque no creo que sea posible fijar un único momento en que acaeció la distinción, menos aún en términos modernos de la filosofía de la cultura. Se puso en boca del sofista: "Porque creo que saben que lo bello y su contrario se dan en los hombres por la naturaleza o el azar. En cambio, cuando se trata de bienes [la justicia] que creen que se dan en los hombres a partir del cuidado, el ejercicio y la enseñanza, si alguien, en lugar de tenerlos, tuviera los males contrarios, ahí se dan las irritaciones, los castigos y las amonestaciones contra ellos" (PLATÓN, *Protágoras*, Bs. As., Losada, 2006, pp. 141/142). En este escrito, naturaleza y convención, hechos naturales e ideas culturales constituyen dominios diferenciados, pero no contrapuestos.

En 1655, Thomas Hobbes definió a la filosofía: conocimiento adquirido mediante un razonamiento correcto, de los efectos a partir de la concepción de las causas o generaciones, y, a la inversa, de las causas posibles a partir de los efectos ya conocidos. La materia sobre la que trata es "...cualquier cuerpo [todo lo que no depende de nuestro pensamiento y posee idéntica extensión que una parte del espacio] del que pueda concebirse alguna generación y pueda establecerse su comparación con otros cuerpos a partir de una determinada consideración", es decir, cualquier cuerpo del que pueda conocerse que ha sido generado o que tiene alguna propiedad. A su juicio, las partes principales de la filosofía eran dos, pues a los que estudian las generaciones de los cuerpos y sus propiedades se les presentan dos géneros supremos de cuerpos, muy diferenciados entre sí; a uno, que se constituye por la naturaleza de las cosas, se le llama natural; y al otro, que se constituye por la voluntad humana, las convenciones entre los hombres, se le denomina Estado. Por lo tanto, de aquí nacen las dos partes de la filosofía: la natural y la civil. Ver HOBBS, THOMAS, *El cuerpo. Primera sección de los elementos de filosofía*, Valencia, Pre-Textos, 2010, pp. 169/177 y 267/268.

(4) Ver POPPER, KARL R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Madrid, Paidós, 1992, pp. 67/92.

en una “constitución”, basada en múltiples y contradictorias ideas sobre la libertad, la igualdad, el pluralismo y la tolerancia, no supera los 250 años; o sea, comparativamente, se trata de un instrumento reciente.

Toda Constitución posee o aspira a poseer una comprensión cabal de la realidad política; ciertamente, dicha comprensión involucra un estado de cosas ideal pensado por el legislador constituyente. Los datos del mundo físico deben formar parte de la Constitución. En consecuencia, la idealidad constitucional tiene que observar “un mínimo de respeto por lo que es, tal cual es”,⁽⁵⁾ porque si no puede tener concreción en la realidad, la creación normativa no se sustenta en un fundamento racional.

Para conocer y comprender los rasgos del derecho constitucional es imprescindible conocer, previamente, la fuente de la que emana y que lo determina: la Constitución. Por lo tanto, la determinación del significado o concepto de Constitución resulta una tarea preliminar. Porque, como se afirma, el objeto o cosa Constitución es el origen del derecho constitucional. Sostengo, con inspiración abierta en la afirmación cartesiana,⁽⁶⁾ que todo el derecho es como un árbol: sus raíces son la Constitución (hoy, también, las fuentes externas, Derecho Internacional de los Derechos Humanos —DIDH—, cuando observan igual jerarquía); su tronco, el derecho constitucional; y las ramas que nacen de su tronco, cada uno de los órdenes jurídicos: penal, civil, laboral, minero, administrativo, etcétera.

En la sección II se presenta el significado “propio” de Constitución; “propio”, fundamentalmente, porque se trata de un concepto apropiado al “constitucionalismo”: dogma o doctrina que fundamenta o defiende la idea de que una ley escrita se yergue como mayor políticamente, se eleva como suprema lógicamente, genera un orden, en cuya creación han podido participar —en diferentes medidas, con determinados alcances— la mayoría de quienes queden al mismo sometidos: ciudadanos y servidores públicos, es decir, gobernados y gobernantes

(5) ZAFFARONI, EUGENIO R., et al, *Manual de Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2010, p. 77.

(6) DESCARTES, RENÉ, *Principia philosophiae* (*Principles of Philosophy*). Translation with explanatory notes by Valentine Rodger and Reese P. Miller (Reprint ed.), Dordrecht, Reidel, 1983. Letter of the author to the French translator of the *Principles of Philosophy* serving for a Preface: “...Thus, all Philosophy is like a tree, of which Metaphysics is the root, Physics the trunk, and all the other sciences the branches that grow out of this trunk, which are reduced to three principal, namely, Medicine, Mechanics, and Ethics...”.

(entendido el sufijo “ismo” como doctrina). En la sección III se ilustran propiedades del objeto.

Que ningún lector se enfade: si ahora mismo se pronuncia la significación escrita, no relato anticipadamente el final de esta pieza. En la citada inteligencia, reservo, pues, en este escrito el empleo de Constitución, a secas, para identificar a una norma: a) sobre normas; b) elaborada por una autoridad, que se funda y representa el poder de los ciudadanos; c) con fuerza obligatoria; d) cuyo texto, regular y uniformemente, consta en un documento escrito; e) dirigida a ciudadanos y servidores públicos, y f) cuya principal finalidad, antes que un consuelo, consiste, precisamente, en la realización del ámbito de su normatividad: que cierto estado de cosas debe ser; por ende, en esta propia conceptualización, la distinción entre constitución formal y material carece de sentido y cae por su propio peso. Se trata de una “tesis conceptual y semántica”,⁽⁷⁾ cuya pretensión de objetividad elimina casi por completo cualquier intención de ponderar. Porque el arquitecto de la norma constitucional sigue siendo la autoridad investida con el poder constituyente, no el servidor que la realiza. “Casi por completo”, porque al mismo tiempo, irremediabilmente no puede negarse que la determinación normativa nunca es completa, ya que la norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la realiza; porque pareciese que “siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad”.⁽⁸⁾

En América del Sur, por ejemplo, todos los Estados son constitucionales, la normatividad luce clave, pese a sus sistemas presidencialistas, liderados por un ejecutivo fuerte; quiero decir: han sido “creados”. Normatividad generada o creada, pero no significa —ni mucho menos— conciliación con su propia y total eficacia. Si por normatividad se entiende que las reglas constitucionales son, o bien directamente aplicables, o aplicables tras construir otras disposiciones jurídicas a partir de sus propias reglas, se puede decir que las reglas constitucionales colman dicha definición.

(7) Ver GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, “Positivism jurídico”, en AAVV, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012, p. 183.

(8) Ver Kelsen, HANS, *Teoría pura del Derecho*, México, D. F., Porrúa, 1998, p. 350.

En todos los Estados de América del Sur su arquitectura fundamental —dicho de otro modo: la soberanía de la vida comunitaria— se dispone por intermedio de una norma constitucional escrita que, en su sumatoria de principios y reglas, permiten advertir la presencia de casi todas las piezas conceptuales o categorías básicas del derecho constitucional; se quiere decir: existen reglas ordenadas que ponen orden. Así, lucen su vigencia en cada una de las repúblicas los siguientes textos, a saber: la Constitución federal de la Argentina de 1853-60; Brasil, 1988; Colombia, 1991; Chile, 1989; Ecuador, 2008; Paraguay, 1992; Perú, 1993; Uruguay, 1967; Venezuela, 1999; y Bolivia, 2009. En cada caso, con sus pertinentes cambios formales, léase: reformas o enmiendas. Por lo tanto, a comienzos del siglo XXI, por primera vez desde los días de la independencia del yugo colonial europeo, la creación y ordenación constitucional en cada uno de los países de América del Sud exhibe el momento más rico de todo su desarrollo histórico. Si ha de ser cierto que las constituciones tienen cuatro partes (preámbulos, derechos y deberes fundamentales, organización del poder y su control y la propia reforma) las aludidas categorías jurídicas básicas del derecho constitucional sudamericano se encuentran tejidas, escritas, en fin, concretadas jurídicamente. El derecho constitucional de América del Sud contiene, en la actualidad, casi todos los conceptos de la teoría general del derecho constitucional; dicho de otro modo: si se compendiaran todas las constituciones sudamericanas, cuyo resultado daría más de 1000 páginas de elaboración normativa, se descubriría que, a excepción del sistema de gobierno parlamentario, todo es conocido por estos espacios del mundo. No hay concepto o práctica, hecho o decisión, conocido en otros países, que aquí no se imponga o se haya impuesto, o no se la pretenda imponer.⁽⁹⁾

Es mi interés que esta contribución pueda despertar un constitucionalismo de ciudadanos y ciudadanas, plenamente inclusivo, con participación activa y voz propia. El ámbito de reflexión y de escritura: en y desde la Argentina, pero con vocación para desarrollar, genuinamente, un pensamiento

(9) El año 2013, además, es un año de celebraciones, si correspondiese la palabra. La Constitución federal brasileña cumplirá 25 años de vigencia sin interrupciones, abrazando a todas las ciudadanas brasileñas y a todos los ciudadanos brasileños. La Constitución federal argentina cumplirá 30 años, desde que se produjo la restauración democrática, abrazando argentinas y argentinos. Recientemente, en 1991, la Constitución colombiana ha cumplido 20 años, conteniendo la vida comunitaria de colombianas y colombianos. También se cumplirá el primer lustro de la novísima Constitución ecuatoriana, una riquísima novedad jurídica.

que abarque aspectos relevantes del constitucionalismo en América del Sur. Actualmente, el orden estatal de la República Argentina se encuentra instituido por su derecho constitucional, creación humana que emana básicamente de las reglas contenidas en la Constitución federal de 1853 con sus reformas de 1860 —la Constitución histórica—, 1866, 1898, 1957 y 1994, y en las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que gozan de jerarquía constitucional. Con aciertos y errores se ha afirmado, a nivel dogmático, como la Ley Mayor del sistema jurídico que pretende canalizar las expectativas de la ciudadanía para estabilizarlas y brindarles permanencia. Aunque los padres fundadores diferían o no coincidían acerca de cuán democrática sería la Constitución, está fuera de duda que, más de 160 años después, dicha Ley Mayor —garantizando la participación libre, igual y plural de todos los ciudadanos sometidos a ella— ha dotado de contenido jurídico a la democracia, porque la canaliza. Se propone, seguidamente, un concepto adecuado sobre la convención social denominada “Constitución federal de la República Argentina” (en adelante, indistintamente, CF).

2 | Significado de la “Constitución”

El término “constitución” se encuentra impregnado de un importante significado político, como ningún otro de los términos que emplea el Derecho objetivo en el discurso de los juristas y operadores jurídicos. Su sola mención puede ser útil para sugerir, casi inmediatamente, ideas tales como libertad, igualdad y organización de los poderes constituidos; o derechos fundamentales de la persona y su consiguiente garantía, y limitación y control de los poderes constituidos.

Con acierto se ha indicado que “Constitución”, desde el punto de vista filosófico, arrastra significados muy diversos que, aunque “centrados en la acción de fundar, oscilan entre la creación y la simple ordenación de lo dado”.⁽¹⁰⁾

Ciertamente, la citada oscilación, también, se presenta en nuestro campo de estudio porque “Constitución” significa generación, fundación, nacimiento, origen, pero, también: estatuir, reglar, disponer. Sin dudas, crear

(10) Ver FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 2009, p. 669.

y/u organizar parecieran ser la manifestación concreta de las acciones generadoras y evocadoras que nutren la idea jurídica de “Constitución”.

“Constitución” significa una categoría jurídica básica de la teoría y práctica del derecho. Los modernos sistemas jurídicos estatales son sistemas normativos estructurados jerárquicamente. En su base se encuentra la norma constitucional —que, a su vez, implica propiamente un “subsistema normativo”—. La estructura jerárquica del sistema jurídico de un Estado puede expresarse de modo rudimentario, como sostuvo Hans Kelsen, en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho estatal.⁽¹¹⁾

La palabra “Constitución” es usada en el lenguaje jurídico, político y social con una pluralidad de significados. No es éste el sitio para llevar a cabo un listado de significaciones.⁽¹²⁾ Sí, en cambio, pretendo describir en qué sentido puede entenderse que la Constitución escrita es la norma básica del sistema jurídico estatal, cuál es la jerarquía de la norma constitucional respecto de las restantes normas que integran aquél, y si de ello puede derivarse alguna proposición peculiar.

Descriptiva y objetivamente, suele emplearse el término “Constitución” para designar una combinación de reglas que singularizan, personifican e identifican a los sistemas jurídicos estatales, expresadas en un documento y que, en relación con todas las demás reglas del sistema, son básicas. Al afirmarse que “la Constitución es la norma de mayor jerarquía del sistema jurídico”, ¿qué se postula exactamente? Se puede hablar de jerarquía lógico-normativa y de jerarquía axiológica.⁽¹³⁾ Me ocuparé de la primera,

(11) KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1958, p. 146.

(12) Ver COMANDUCCI, PAOLO, “Modelos e interpretación de la constitución”, en Manuel Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2008, pp. 124/154.

(13) Cuando se predica que “la Constitución es la norma jurídica de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico”, el enunciado debe ser entendido como que la norma ocupa la base del sistema normativo por obra de las fuentes de producción jurídica estatal. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y/o el derecho comunitario o de integración regional que en algunos Estados tiene jerarquía normativa constitucional —o, más aún, hasta puede ser que tenga supremacía respecto del propio texto constitucional—, no ocupa en esta oportunidad un sitio para las indagaciones, no porque carezca de importancia la temática —todo lo contrario—, sino porque el examen se ciñe al derecho producido exclusivamente por fuente estatal.

porque la segunda, la axiológica, resulta objeto de estimación por la filosofía del derecho y este escrito, como se anuncia en la sección I, se reduce al saber, teoría o dogmática constitucional; así, la Constitución resulta formalmente superior a las normas cuya producción programa, ya que la Constitución es lógicamente anterior o viene predispuesta con relación a las normas infraconstitucionales.

La Constitución es la norma mayor del sistema jurídico como consecuencia de una decisión positiva del poder estatal. Si la Constitución es la norma de mayor jerarquía del sistema, no es lógicamente posible ir de la norma superior a la norma inferior sin atravesar la distancia jerárquica que hay entre ellas. Negar esta distancia sería contradictorio, porque no puede irse de lo superior a lo inferior sin atravesar las distancias que los separan. Este sencillo ejemplo demuestra la primacía lógica de la Constitución. Recorrer el camino inverso —de la norma inferior a la superior—, no hace falta decirlo, es en sí mismo contradictorio.

La CF es producida y concretada por el poder constituyente (actuación maravillosamente descrita en el Preámbulo de la Constitución federal: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina...ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución...”); el resto de las reglas jurídicas de alcance general son creadas por el congreso federal o el departamento ejecutivo; excepcionalmente, por el Poder Judicial. La Constitución, como norma,⁽¹⁴⁾ forma parte del mundo real en cuanto cosa escrita,

(14) En el año 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en el fallo “Vizzotti” que la Constitución federal de la Argentina asume el carácter de una norma jurídica. Ver CSJN, “Vizzotti, Carlos A. v. AMSA S.A.”, Fallos, 327:3677, considerando 8º, suscrito por los jueces Enrique S. Petracchi, Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt, Antonio Boggiano, Juan C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Elena I. Highton de Nolasco, 14/09/2004. Ciertamente, en el art. 31 constitucional se dispuso —originariamente en 1853-60 y todavía en vigencia—: “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...”; sin embargo, a lo largo de la historia fue puesta en jaque, y devaluada y derrotada, la eminente propiedad llamada prescriptividad de la ley, es decir, la determinación de la conducta humana, de ciudadanos y servidores públicos por intermedio de la Constitución federal. La fuerza normativa de la Constitución es reglada, especialmente, en América del Sur. Así, el art. 4 de la Constitución Política de Colombia del año 1991 se expresa regiamente: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. El sendero fue seguido por Venezuela, en 1999, al disponer en el art. 7 constitucional: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico...”. Ecuador, en 2008, ha dispuesto en su art. 424 constitucional: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”. Análogamente, Bolivia, en 2009, confirma la tendencia hacia la formulación escrita de la normatividad constitucional, en el art. 410, ap. II:

publicada, acatada. La arquitectura que propone la Constitución, como toda norma, tiene un ámbito de validez y otro ámbito de eficacia; con el término validez⁽¹⁵⁾ se designa su existencia específica, es decir, que con la norma en cuestión tales comportamientos son ordenados y una norma jurídica adquiere validez antes de ser eficaz. No obstante, una norma jurídica es considerada objetivamente válida cuando el comportamiento⁽¹⁶⁾ humano que ella regula se le adecua en los hechos hasta cierto grado. Con la expresión eficacia se alude a su seguimiento, obediencia o aplicación, y la eficacia es condición de la validez en aquella medida en que debe aparecer en la imposición de la norma jurídica para que no pierda su validez. Concretamente, se puede advertir que la Constitución federal de la Argentina, por caso, en cuanto norma, se desenvuelve en dos ámbitos: el de su producción y el de su realización. Producida la norma, previa comprensión racional, deberá sobrevenir su acatamiento, es decir, su realización tanto por los ciudadanos como por los poderes del Estado. Sin embargo, existen diferentes situaciones en que la realización del derecho emanado de la Constitución exige una interpretación que, específicamente, resultará a cargo de la jurisdicción. La realización del derecho constitucional será siempre, pues, concreción o ejecución de derecho creado.

Si se siguiese la orientación filosófica señalada arriba (el par crear y ordenar, respectivamente), la Constitución federal de la Argentina es fundan-

.....
 "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa".

(15) Ver Kelsen, HANS, *Teoría pura del Derecho*, 2ª ed., México, Porrúa, 1993, pp. 23/28.

(16) Seguramente bajo influencia de la distinción formulada a mediados del siglo XIX por Rudolf von Ihering, en torno a la realizabilidad formal (facilidad y seguridad con que se aplica el derecho abstracto a las especies concretas) y la realizabilidad material del derecho (utilidad u oportunidad con que las disposiciones de derecho satisfacen las exigencias de una época, especialmente el carácter de su pueblo y a las condiciones de su vida), en 2008, la CSJN, al detenerse sobre la autoridad del derecho, en la causa "García Méndez" declaró, en su considerando 9º, "...Que la función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho. En este cometido, la medida adoptada aparece como la más adecuada para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Aquella se funda en el rol institucional que le compete a esta Corte como Poder del Estado, sin desentenderse de las relaciones que deben existir con los otros poderes, los que —claro está— se encuentran también vinculados con el propósito constitucional de afianzar la justicia. Dichos departamentos de Estado constituyen, en el caso concreto, el canal adecuado para llevar a cabo aquellas acciones sin cuya implementación previa, se tornaría ilusoria cualquier declaración sobre el punto". Ver CSJN, "Emilio García Méndez y otra", Fallos 331: 2691, suscrito por los jueces Ricardo Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Juan C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen Argibay, 02/12/2008.

te. Porque inaugura un proceso jurídico cuya finalidad es servir al desarrollo de la vida de cada uno de los individuos que integran una comunidad. Paradojalmente, ella también es el resultado o constituye el cierre de un proceso político: la autodeterminación comunitaria. La Constitución señala un vital y concreto punto de inflexión. Es decir: por un lado, revela y exhibe la finalización del proceso de construcción política del Estado; y por otro, estructura las bases para el arranque y apoyo de todo su edificio jurídico-normativo.

Con igual aplicación de la distinción filosófica antedicha, también la Constitución federal es organizadora, porque es el plan maestro que esquematiza las formas y procedimientos que debe observar toda la producción jurídica de los poderes del Estado. No caben dudas de que es concretamente en esta relación de jerarquía lógico-estructural entre ella (la Ley Mayor) y el resto de las normas del sistema jurídico, donde puede afirmarse que la Constitución disciplina y programa la configuración del cuándo, el cómo, el quién y el cuánto del ejercicio del poder coactivo. La CF determina regiamente la producción de reglas jurídicas de alcance general; por consecuencia, regula la forma y, hasta cierto nivel, el contenido de la elaboración estatal. Todas, absolutamente todas las ramas del derecho positivo en vigor encuentran su último (y su único) fundamento en la constitución. La CF no es sola e indiscutiblemente el instrumento más importante del derecho. Significa, además, el fundamental.

Defino, pues, a la CF como la raíz del sistema, porque toda la construcción jurídica de una comunidad, en determinado tiempo y espacio, queda o debe quedar sustentada, soportada —en fin, “fundamentada”— por el propio derecho que emana de la Constitución, o cuya validación ésta autoriza; en otras palabras, la Constitución federal da lugar al nacimiento del sistema jurídico. Elegida y puesta la Constitución federal en el mundo, ella es el primer nivel, la base, que sirve como fundamento sobre el cual todos los objetos de los siguientes niveles inferiores se ordenarán o se constituirán a partir de ella; o sea: es el fundamento sobre el cual se basarán todos los niveles. A ella se la elige, en el momento de la configuración originaria, como la base, el punto de partida que autorizará la construcción de otros objetos jurídicos.⁽¹⁷⁾

(17) Ver CARNAP, RUDOLF, *La construcción lógica del mundo*, México, D.F., UNAM, 1998, México, pp. 47/48 y 75.

La CF concreta una combinación de normas jurídicas que regulan, determinan, en fin: organizan, el modo en que debe ser ejercido y controlado todo el poder político y, paralelamente, por las que se confiere reconocimiento a los derechos fundamentales de los habitantes. En otras palabras, la Constitución como tipo de norma estipula cómo debe ser (no necesariamente cómo es) la estructura jurídica fundamental del Estado.

3 | Propiedades de la Constitución federal

La Constitución federal es un objeto cultural; sus propiedades permiten el desarrollo de vivencias elementales. Posee, a mi juicio, un decálogo de propiedades que la singularizan, especifican y entronizan en el sistema. Me refiero, pues, a la primacía, jerarquía, elasticidad, apertura, unidad, coherencia, soberanía, organización, identidad y vinculación de la totalidad de sus enunciados normativos y de los que no lo son, características o propiedades elementales que no se aprecian con simétrica magnitud en el resto de las ramas que componen el sistema jurídico-estatal. Por eso, entonces, la Constitución del Estado es, antes de todo y por sobre todo, una norma jurídica que, arraigadamente, posee sus especificidades propias.

- i. **Primacía.** La Constitución es el instrumento paradigmático que configura la articulación jurídica del Estado. A la Constitución también se la puede definir como un sistema de normas abiertas que expresan el principio de la soberanía de los ciudadanos que integran el pueblo y que concretiza en su texto la correspondiente carta de navegación político-institucional. No existe norma positiva por encima de la Constitución. La primacía lógica es ordenada por el artículo 31 constitucional; ahora, también se articula con el modelo dispuesto en el artículo 75, inciso 22 CF.
- ii. **Jerarquía.** La Constitución contiene criterios procedimentales que validan el sistema jurídico subconstitucional. El hombre inventó la Constitución positiva, escrita, codificada, porque descubrió que el derecho natural no era suficiente marco ni soporte racional. E inventó el escalonamiento o gradación jerárquica de las normas para asegurar que la norma mayor no debe ser reformada con base en los procesos previstos para la creación cotidiana del derecho ni por las autoridades que ejercen el poder constituido. El derecho constitucional nace de la CF, con la siguiente singularidad: la CF es la fuente de producción de las normas, permanentes y transitorias, de raíz constitucional cobijadas dentro las cuatro esquinas de su texto. Fuera de su texto, al mismo tiempo,

por aplicación del artículo 75, inciso 22 (producido por el poder constituyente en 1994), la Constitución es fuente de aplicación y validación del DIDH, que goza de jerarquía constitucional. En consecuencia: existe un derecho constitucional federal de la Argentina de raíz y jerarquía constitucional; existe también otro subsistema que no tiene raíz constitucional, pero sí tiene jerarquía: el DIDH, validado jerárquicamente por el artículo 75, inciso 22, recién referido. Además, también tiene existencia una hipótesis singular y excepcional de creación: la interpretación judicial, especialmente la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), al asociar un significado y crear derecho constitucional. Este nuevo momento inaugura el “sistema de la Constitución federal”, que queda integrado por los tres elementos antedichos: las normas propiamente formuladas en la CF, las provenientes del DIDH y las generadas por la CSJN. Objetivamente, sin ponderar, no existe más derecho constitucional de la República Argentina.

- iii. **Elasticidad.** El derecho y el Estado son dos entes artificiales o convencionales cuyos propósitos específicos —valga el aparente contrasentido— constituyen un medio: asegurar la vida y la dignidad, y proteger y satisfacer los demás derechos fundamentales de las personas que componen la sociedad. El plan básico, nuclear y fundamental para cumplir tales propósitos es la Constitución del Estado, la que en el interior de sus paredes jurídicas cobija una importante gama de valores comunitarios, acerca de los cuales es factible suponer la existencia de un importante consenso a su respecto. Dichos valores, al ser positivizados, ponen al descubierto el tránsito desde una categoría axiológica a otra deontológica, manifestando su juridificación, o, en otras palabras: en este tránsito se pone en evidencia que las valoraciones iusfundamentales comunitarias dejan de ser valores y pasan a ser, en la mayoría de los casos, derechos fundamentales. Esta inserción jurídica-normativa en el programa constitucional de los lineamientos provenientes de las valoraciones iusfundamentales comunitarias sirve o es útil para indicar cuáles serían las razones de derecho constitucional, es decir, determina qué es lo que se ordenaría mandar jurídico-normativamente en un Estado. Estas razones jurídico-constitucionales tienen una dimensión de neto corte procesal, antes que puramente sustantivo, a condición que se entienda: no constituyen ningún plan de ética privada para serles impuesto a los seres humanos de la comunidad, dado que cada uno de ellos, por definición, siempre tiene asegurado su libre albedrío respecto de la adopción de sus decisiones personales. Constituyen líneas de acción, procesalmente predisuestas, para el ejercicio de la fuerza estatal; se caracterizan por ser extremadamente elásticas, no regresivas y por su deber de conservar el paso de una generación a otra.
- iv. **Apertura.** No es fácil ni tarea sencilla comprobar la completa coincidencia entre CF y realidad política. Pero ello no implica renunciar de antemano a la posibilidad de que la norma de normas pueda concretar su realización. En todo caso, la efectiva normatividad de las reglas constitucionales depende, en primer lugar, de la conexión que ellas tengan con la realidad política que

pretende reglar. Cuanto más importante sea el grado de ignorancia que las normas constitucionales tengan sobre la realidad a la que pretende ajustar o reglar o dirigir por intermedio de sus disposiciones, más intensa será la caída libre de la fuerza normativa de sus enunciados. El Estado constitucional de derecho puede ser justificado como el resultado de cierto marco consensual entre los integrantes de una comunidad, los ciudadanos, en un principio libres, que acuerdan expresar los vínculos estrictamente necesarios y mínimos para el desenvolvimiento de la coexistencia pacífica y perdurable. La CF es el instrumento que contiene la expresión del consenso puesto de manifiesto por los contrayentes. La CF es un gran contrato, una representación de la realidad política comunitaria. Las principales reglas de este megacontrato son los derechos fundamentales, cuyo reconocimiento, según el caso, en el texto constitucional, se confiere a los individuos, a los grupos de personas o a la colectividad o comunidad, respectivamente.

Pienso que la tarea que debe asignarse a los poderes constituidos es concretar y respetar tales inscripciones iusfundamentales. No se desconoce que la Constitución debería estar vinculada al tiempo y a la realidad a la que se enfilan sus prescripciones, ya que precisamente esa realidad a la cual se dirigen sus disposiciones normativas está sujeta al devenir y al cambio histórico. Y, si ante múltiples y cambiantes circunstancias históricas, la Constitución pretende resguardar su fuerza normativa sin alterar su propia identidad, el único modo posible de hacerlo es a través de su concepción como norma abierta, sobre todo en el sector normativo dedicado a los derechos fundamentales, dado que con todo rigor debe de aceptarse que el desarrollo progresivo de los mismos es la clave de su conceptualización.

La apertura postulada para la realización de la textura constitucional también se impone para su modificación o cambio. Los ciudadanos que integran el pueblo, el único soberano, son los que tienen derecho a cambiarla cuando, en libre deliberación, se determine que es oportuno y necesario disponerlo. Por eso es preferible pensar en reformar la Constitución (artículo 30 CF) toda vez que se pueda determinar que ello sea necesario, conveniente y oportuno, y no deformarla mediante interpretaciones que la vuelven sin sentido, desnaturalizando (según los casos, de modo parcial o completo) las pretensiones de normatividad emergentes de sus disposiciones. El consenso para cambiar la CF no es ni uniformidad ni unanimidad; se trata, en cualquier caso, de respeto al proceso reglado, de obligada consulta y participación del cuerpo electoral, y clara determinación de los contenidos a ser cambiados.

La CF expresa, a no dudarlo, la tensa relación que se genera entre el mundo del ser y el mundo del deber ser. Alcanzar el punto de equilibrio entre la realidad social y el modo en que ella debiera ser, según indican y ordenan las prescripciones constitucionales, es la tarea más importante de este fenomenal instrumento de la modernidad jurídica: la Constitución. Al fin y al cabo, ella fija el perímetro jurídico en cuyo interior debe desplegarse íntegramente el desenvolvimiento racional, equilibrado, controlado y responsable de los poderes del Estado, y el reconocimiento y satisfacción de los derechos fundamentales de los habitantes.

El reconocimiento y ensalzamiento de la CF como norma jurídica supone la configuración de una herramienta para el control y consiguiente limitación del poder.

Las sociedades mágicas o tribales son cerradas porque se basan en la tradición. Una sociedad abierta es aquella en la que los ciudadanos adoptan, porque se les garantiza adoptar, todas sus decisiones personales.

Constitución abierta es sinónimo de apertura constitucional. Pretendo enlazar la misma idea, ora como adjetivo, ora como sustantivo y viceversa. En consecuencia, se desenvuelve en un triple sentido: a) un contrato entre ciudadanos, abierto y plural; b) la posibilidad de que el contrato sea actualizado; y, especialmente, c) que la contratación política se funde en la razón.

La apertura de la Constitución federal y, en general, de la noción abstracta de Constitución, conecta con la idea: ¿se trata de un código formal, adjetivo o material, sustancial? Se adelantó, en el párrafo anterior, la función procesal de los derechos fundamentales. En relación a la organización del poder y su control, también, en forma eminente la Constitución federal se presenta como un proceso.

Entre 1983-2013 lo que ha distinguido a la Constitución federal de la Argentina ha sido un proceso de gobierno, antes que el congelamiento de valores sustantivos. Pone de manifiesto, en la comparación, un mejor funcionamiento, que quedaría demostrado, acabadamente, desde el mismo momento en que, en repetidas ocasiones, los ciudadanos y ciudadanas argentinos han concurrido a las urnas para elegir a sus representantes. Toda una novedad en la práctica constitucional; nótese: en el período, sin inte-

rupciones, se eligieron diputados federales en 15 ocasiones, presidente y vicepresidente de la República en 7 (el presidente es el líder por antonomasia del proceso, guste o no guste), el ministerio público y los jueces designados de acuerdo al proceso constitucionalmente reglado, y en una oportunidad se eligieron convencionales constituyentes. Obsérvese, especialmente, que han transcurrido desde 1983, exactamente, seis períodos presidenciales (1983-1989; 1989-1995; 1995-1999; 1999-2003; 2003-2007; 2007-2011); en el segundo y en el tercero su rasgo más notorio fue la devaluación del sistema político y la demolición de la economía. La crisis de la Argentina, cuyo punto culminante es el verano del 2002, marcó con claridad la desnaturalización anunciada de la política y la economía. Fue, en todo y cualquier caso, la escasa “normatividad” constitucional el único camino para enfrentar tan colosal emergencia pública.

Por ello hoy, 30 años después de la restauración de la democracia constitucional, quedan notables materias pendientes, entre ellas, el afianzamiento de los derechos individuales y el desarrollo de los grupales y colectivos, léase: educación, justicia y salud. La Constitución federal garantiza el pluralismo político, núcleo de la libertad. La Constitución federal se ha mostrado como una regla abierta, capaz de asegurar que cualquier alternativa política que cumpla con las reglas mayores acceda a la dirección del proceso gubernativo constitucional. Se dispone, por supuesto, de ámbitos reales de libertad, pero no funcionan adecuadamente los controles. Por ahora: una democracia constitucional procesal, con pocos controles. La Constitución federal se ha destacado por ser una regla procesal que garantiza la libre alternativa y alternancia política en el juego del poder. Ha permitido el libre acceso y ejercicio del poder de toda variante que se ha presentado. Ninguna, dentro de las cuatro esquinas del texto constitucional, ha sido prohibida. La Constitución federal, pues, se destaca por su desempeño procesal para garantizar la democracia. La afirmación no desdice la existencia de una ideación sobre los valores sustantivos en la Constitución; ciertamente, en la letra constitucional pueden existir y de hecho ocurre, empero, en el desarrollo constitucional, en la experiencia constitucional de día tras día, no se puede comprobar de modo incontrovertible que la tarea de preservar o congelar valores haya funcionado. En todo caso, de manera más modesta, un juicio empírico comprueba que la garantía del pluralismo, el núcleo de la libertad, ha operado para conformar la ordenación de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Resta mucho camino toda-

vía: el control efectivo de los titulares del poder y la efectiva vigencia de todas las garantías de los derechos individuales.

Esta prevalencia de un aspecto de la garantía política, la CF como simple proceso, quizá sea la que, desgraciadamente, genere una consecuencia negativa. En la letra, la democracia constitucional argentina es representativa; es decir, el cuerpo electoral delega a ciertos y determinados servidores públicos la capacidad de hablar por ellos y tomar decisiones. Desde luego, la representación implica responsabilidad y rendición de cuentas por parte de los gobernantes. El representante es responsable ante quienes lo autorizaron a hablar en su nombre. Esta nueva categoría, la democracia delegativa, hace pie en el hecho de que la persona que gana la elección presidencial se encuentra autorizada a gobernar como le plazca, sólo restringido por la cruda realidad emergente de las relaciones de poder existentes y por la limitación constitucional del término de su mandato. La democracia delegativa se desarrolla en el presidencialismo; el presidente es considerado la encarnación de la Nación y las medidas de gobierno no necesitan guardar parecido con los anuncios de la campaña electoral. Los presidentes, además, suelen verse a sí mismos como personajes por encima y por fuera del sistema de partidos y de los intereses comunitarios organizados.⁽¹⁸⁾ En los escenarios de democracia delegativa, los partidos, el Congreso y la prensa son libres, pero constituyen, en un sentido fuerte, junto con los tribunales de justicia, un estorbo u obstáculo a la tarea del presidente, quien en su carrera hacia el absolutismo cree reunir el destino del país. Elegido el presidente, pues, en la democracia delegativa es esperable que los delegantes ciudadanos, complacientemente, constituyan una audiencia pasiva de todo lo que haga el presidente. Porque sobra ratificarlo: la democracia constitucional de la República Argentina, por ahora, es delegativa.

- v. **Unidad.** El sistema jurídico posee una estructura jerárquica en la que, comenzando por la base, cada uno de los enunciados que expresan normas inferiores (subconstitucionales) encuentra su fundamento de validez en la norma superior, hasta llegar a la norma jurídica suprema del sistema: la Constitución. Dado que la CF programa las formas y procedimientos para la elaboración y ulterior legitimación de toda la producción jurídica subconstitucional, puede advertirse que, en cierta medida, las normas que componen esta última reciben o hallan en la Constitución la garantía para su validación formal y

(18) O'DONNELL, GUILLERMO, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Bs. As., Paidós, 1997, p. 299.

material. La coactividad de todas las normas del sistema jurídico, es decir, la posibilidad concreta de su imposición por la fuerza para el hipotético caso que sus contenidos no sean satisfechos espontáneamente por la población, se encuentra garantizada —al menos en la teoría— por la CF. En consecuencia, la unidad que se predica de la CF implica que la totalidad ordenada que ella constituye habilita a que todas las demás normas del sistema remonten o puedan remontar su validez, formal y material, a ella. Aunque luzca como metáfora, no lo es: los 6 enunciados del Preámbulo constitucional, desde 1853, refieren la propia unidad de la Constitución federal: constituir la nación; justicia; paz; defensa, bienestar general y libertad.

- vi. **Coherencia.** Dos o más enunciados son coherentes cuando puede decirse que son compatibles. Las normas no tienen valores de verdad porque son, en líneas generales, determinaciones o regulaciones prescriptivas. Es imaginable, por supuesto, que pueda existir constitucionalmente una norma que regule una conducta y la autorice y, en paralelo, en la misma Constitución, otra norma que prohíba la misma determinación de la conducta humana que había sido autorizada. Naturalmente, aunque insensato, puede ocurrir. En consecuencia, la contradicción (del ejemplo citado) será, con exactitud, entre los contenidos de las normas, no entre las normas.⁽¹⁹⁾

La compatibilidad o coherencia, además, expresa una conformidad general a una regla o patrón que se desempeña como criterio de los criterios; en nuestro caso, aunar, constantemente, el juego de la libertad con el ejercicio del poder; en otras palabras, soberanía individual y autoridad comunitaria.

La coherencia es una cualidad inmensamente relevante, porque la existencia de enunciados contradictorios implica arbitrariedad. Y la Constitución tiene que ser el código de la racionalidad ciudadana.

Una Constitución combina gran cantidad de normas y enunciados que se refieren a los derechos fundamentales, al poder, a la reforma o a simples declaraciones. Frente a dicha combinación, desde el punto de vista teórico, es imaginable pensar que todas las normas tienen semejante cotización o que poseen cotización diferenciada. Cotizar, valorar normativamente el material de la constitución, es el único modo racional de plantear y desarrollar la coherencia de la misma.

La última respuesta, siempre, la tiene el poder constituyente, el redactor de la Constitución. Si el redactor no estipuló ni fijó una cotización diferen-

(19) VON WRIGHT, GEORGE H., "Ser y deber ser", en Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés y Jyrki Uusitalo (comps.), *La normatividad del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 97.

ciada entre los enunciados, los realizadores de la Constitución tendrán que cotizar todas las normas por igual, con idéntica cotización. Si, por el contrario, el redactor de la Constitución fijó diferentes cotizaciones, tendrá que estarse a ellas.

En el caso particular de la Constitución federal, por ejemplo, no hay cotización interna entre sus propias normas: la definición resulta prescrita por la racionalidad estandarizada en la regla 28 constitucional; ergo, la coherencia se mantiene en la realización, a condición de que se entienda que una norma no anula ni desvirtúa a otra norma. La compatibilidad, seguida de la complementación normativa, es el secreto que se presenta con voz propia, para respaldar la armonía y coherencia de las normas constitucionales. Coherentemente: todas las normas que emanan de la CF cotizan por igual. Y, en caso de que se advierta una frustración o contradicción, el intérprete tiene la obligación de agotar los esfuerzos a su alcance para alcanzar la armonía que las compatibilice.

- vii. **Soberanía.**⁽²⁰⁾ Hay dos soberanías que la Constitución tiene que articular: la individual y la comunitaria. La soberanía del individuo es anterior al pacto original; quien nada posee no puede (contratar sobre su libertad), porque no tiene sobre qué pactar. El poder del Estado, precisamente, tiene por finalidad dar seguridad a aquella soberanía individual.

La persona humana es su propia autoridad jurídica que realiza una competencia suprema. Reconocer, además, la soberanía del Estado significa descubrir que dicho ente no obedece a ningún otro ente. Por su parte, pensar en limitaciones jurídicas a la noción de soberanía no es una *contradictio in terminis* y no implica un regreso al infinito, porque todos los actos fuera de la competencia suprema no podrían ser observados como soberanos.⁽²¹⁾ El artículo 19 constitucional delimita el campo de la soberanía personal de cada individuo. Constituye un límite, fijo, definitivo, infranqueable. La misma regla, junto con los arts. 1 y el 33, dibujan el mapa de la soberanía estatal. Nace la Constitución, con sus normas soberanas, siempre a disposición de los hombres. Porque es cierto que un sistema jurídico se autorregula, pero para evitar perplejidades, bajo el dominio humano; jamás al revés.

(20) En sentido semejante al de la autoridad jurídica suprema.

(21) Ver GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, "Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano", en AAVV, *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1983, p. 179.

viii. **Organización.** Dar forma a una realidad política es la luz que irradia la Constitución. La Constitución no es obra de artífices sapientísimos. Tampoco resultado de una obra política irreplicable. Es, como cualquier instrumento humano, perfectible. Un sistema jurídico fundamental, obviamente, también será necesario para mantener y desarrollar la formación que origina la Constitución.⁽²²⁾ La arquitectura del Estado, cuya normación fundamental hace la CF, es modificable, porque ningún conjunto de hombres ni ningún órgano tiene competencia suprema o autoridad para eternizarla. La organización consiste en posibilitar racionalmente las acciones objetivas, en campos determinados y delimitados, para que desarrollen las tareas eminentes de legislación, administración y jurisdicción. Funciones jurídicas básicas, al servicio del hombre y su calidad de vida.

El Derecho constitucional, una vez creado, fluye. Pero ¿hacia quiénes?, ¿hacia los ciudadanos?, ¿hacia los servidores públicos?, ¿hacia ciudadanos y servidores públicos?

Se entiende por “ciudadano” a la persona que se encuentra sometida a un orden jurídico y participa de su desarrollo y/o formación, siempre que se acepte su leal acatamiento; se entiende por “servidor público” a aquella persona que, por elección del cuerpo elector o designación de los poderes del Estado, legisla, administra o juzga, en fin: cumple una u otra tarea fijada por la CF en representación del pueblo.

Aseguro la noticia; luego, su explicación. El Derecho constitucional de la Argentina organiza dos subsistemas normativos: primario, del ciudadano y los servidores públicos, y secundario, de los servidores públicos. Nótese que la mirada se centraliza en la persona, no en la institución.

Ciudadanos y servidores públicos. La regla contenida en el artículo 19 constitucional es una vía de acero: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo 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”. El beneficio y porvenir de la libertad constitucional se condensa en la regla; todos, absolutamente todos, disfrutan de la libertad fundamental. La normatividad de la regla es universal: ciudadanos y servidores públicos. No se aplica a quienes no se encuentren en el ámbito de la normatividad de la CF; si

(22) Ver HESSE, KONRAD, “Constitución y Derecho constitucional”, en AAVV, *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 1/15.

lo están, su rigurosidad y solvencia los contiene sin excepciones. Toda la libertad constitucional se organiza por intermedio de esta regla; es fundamento de todo, y para todos, dentro de las reglas fundamentales. La regla de la libertad, descrita suficientemente en el artículo 19, demuestra, por sí misma, que no es necesario que un presidente, legislador o juez la realice. No es necesario una sentencia, una ley o un decreto; todos los productos mencionados, en su elaboración, tienen que adaptarse a la regla de la libertad. Su disponibilidad es inmediata, opera en cada instante para beneficio de todos los integrantes de la comunidad, sin distinción.

Otras reglas se dirigen, inocultablemente, a los ciudadanos que cumplen con la función republicana del servicio público: el artículo 1 CF dispone la separación de funciones rigurosamente —ejercicio dividido de las tareas gubernativas, legislar, administrar y juzgar—; por ejemplo, la contenida en el artículo 99 constitucional: “El presidente tiene las siguientes atribuciones....”; o la dispuesta en el artículo 75 constitucional: “Corresponde al Congreso...”; o la fijada en el artículo 116: “Corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas...”. Estas reglas constituyen otro blanco específico, un sistema de reglas secundario que confiere poderes y/o atribuciones para servir al pueblo.

- ix. **Identidad.** Volvamos nuestra mirada a la sección 1: la naturaleza es fruto de la evolución; la cultura, fruto de la creación humana. Es un mérito de Peter Häberle el planteo de una nueva tesis de partida: la Constitución como cultura. El profesor alemán señala: “La constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. Las constituciones vivas son la obra de todos los intérpretes [realizadores] de la sociedad abierta...”.⁽²³⁾

La Constitución, al captar la supremacía de la ciudadanía insertada en un Estado obligado a su respeto y promoción, pone al descubierto por completo la identidad comunitaria. La Constitución posee normas de adaptación y normas de estímulo. Por las primeras, da cobertura a la realidad que la antecede y que se dispone a cobijar en tiempo presente. Por las segundas, trata de proponer, de modo ideal, una realidad que prometedoramente puede

(23) HÄBERLE, PETER, “La constitución como cultura”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 6, CEPC, Madrid, 2002, pp. 177/198.

cumplirse. La comprensión más acabada o inacabada de ambos tipos de normas permite distinguir, con bastante certeza, el grado de cultura alcanzado por un pueblo; en concreto, su identidad con relación a la vida, a la libertad, a la igualdad, al ambiente, a las ciencias y a las artes.

Una pregunta que a menudo se suscita relacionada con la identidad de una Constitución: ¿es ella un proceso o un suceso?

Singularmente, la formulación, el establecimiento de la Constitución federal es un suceso, un momento originario. Se detecta, curiosamente, que se trata de un suceso que da lugar a un proceso. Un proceso público, en el que la ciudadanía puede canalizar sus convicciones. Hace a la identidad de la Constitución federal su distinción eminente como norma procesal: regulación del poder, su control y la producción normativa.

- x. **Vinculación.** ¿Quién y cómo garantiza el cumplimiento de los principios y reglas estipuladas por la CF? La concepción misma de la fuerza normativa de la Constitución, y la natural efectividad que ella conlleva, exige a su vez la existencia de garantías que aseguren eficazmente su cumplimiento, ya que la peculiaridad de la norma constitucional, es decir, su posición jerárquica y privilegiada en el sistema normativo estatal, la obliga a garantizarse por sí misma.

Si la Constitución no tuviera garantías, no sólo se obstaculizarían sus planes de concretización y realización político-jurídicos. Una tarea es redactar una Constitución. Otra tan imprescindible es brindarle racionalidad al cumplimiento posible de sus prescripciones. Para cumplir tal cometido, se hace necesario elaborar mecanismos aptos para proteger y defender su normatividad, residiendo en las garantías los procesos capaces de viabilizar las pretensiones de vigencia de la Constitución.

4 | Clausura⁽²⁴⁾

Uno. En las líneas anteriores se cumple un firme propósito: la comprensión normativa de la CF. Giran sobre nosotros las alternativas, porque ninguna cosa o estado de cosas en el mundo puede ser una norma y no ser al mismo

(24) Contribución presentada al XI Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional. Jorge Carpizo. *Problemas, novedades y desafíos del constitucionalismo iberoamericano*, San Miguel de Tucumán, setiembre de 2013, Comisión 1A: "Tres décadas de Democracia en Iberoamérica. Reformas constitucionales"; Comisión 1B "¿Nuevo constitucionalismo Iberoamericano o Populismo?".

tiempo una norma para pasar a ser, o convertirse en, un hecho, o viceversa. Las constituciones nacen y se desarrollan como fácticas o normativas. No creo que exista debate de carácter abstracto que supere el marco de referencia. Con alivio se puede afirmar que no hay existentes mundanos, cuya entidad fuese hecho y norma o viceversa, en el mismo tiempo y espacio. Racionalmente, la comprensión normativa, se considera adecuada. Obviamente, se puede achacar que la pura normatividad cumple un papel muy limitado; dicha instancia muestra signos de pacificación al revelarse que la CF se encuentra normada... y ello lo sabe toda la ciudadanía.

Dos. La Constitución federal nació, en general, dando forma a una realidad política y económica que la precedió, pero se distinguió de ella al suministrar su propio ADN en la generación; porque no existía configuración, antes de ella. Organiza fundamentalmente al Estado, nutre su dirección política y decide la unidad jurídica. Que casi todos los Estados tengan una Constitución escrita permite trazar semejanzas y hasta identidades normativas. Sin embargo, la peculiar forma de ordenar de cada norma es invariable y solamente realizable en un determinado contexto espacial y temporal: esa cosa llamada Estado.

Tres. La Constitución federal como norma se encuentra inserta, siempre, en un "contexto de cultura".⁽²⁵⁾ Cultura significa lo creado por el hombre, en diferenciación a la naturaleza. Ciertamente, "contexto" es un concepto puente porque tiene relevancia para concretar la significación de norma, desde el mismo momento que obliga a incluir, en el propio significado, todo lo que la rodea, es decir: el entorno del sistema.

Cuatro. La Constitución federal no es una creación divina del mundo. Se trata de una modesta y limitada invención humana. Probablemente, la mejor que se conoce, hasta ahora, para robustecer la ciudadanía y organizar el poder comunitario. Hecha por hombres y para hombres que, con sus ilusiones exageradas y detallistas, muchas veces, intentan vanamente por medio de fórmulas normativas encerrar todo el porvenir, o peor todavía: deducirlo. La CF, producto excelso de la razón, constituye posiblemente un instrumento configurador y organizador (en diferentes dosis) de la vida de los ciudadanos en la comunidad.

(25) Ver HÄBERLE, PETER, "La constitución en el contexto", en *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, n° 7, Madrid, 2003, pp. 223/245.

Cinco. El mundo constitucional es un cosmos jurídico que fundamenta la organización estatal. El ciudadano es el sujeto central, porque precisamente él es la medida de las cosas.⁽²⁶⁾ La asociación de ciudadanos, la elevación a la enésima potencia del poder individual, sigue consistiendo en la concurrencia a un contrato. Constitución o contrato son palabras equivalentes, porque son la forma de la organización pactada por intermedio de la libertad de cada uno de los ciudadanos, que no todos disponen y que no todos pueden ejercer por igual.

Seis. Puesta la Constitución, su significado se desenvuelve entre la lealtad a la redacción originaria, la actualización de su campo semántico y la estipulación de la necesidad de su cambio.

En el período 1983-2013 la Constitución federal se ha erigido como una norma procesal: garantiza la elecciones, la formación de la voluntad mayoritaria y minoritaria, y el acceso al poder y los controles. Al mismo tiempo, la democracia delegativa es una realidad poco edificante.

Siete. El derecho constitucional es el derecho constituyente, fundamento de todo el derecho estatal. La edificación activa, eficiente y fundamental del derecho constitucional la concreta la Constitución federal, hasta nuevo aviso.

Ocho. La Constitución federal crea los fundamentos indispensables para la convivencia comunitaria. La Constitución federal, al conferir reconocimiento a los derechos y organizar el poder y su control, norma el perímetro básico de su propia permanencia en el tiempo; es decir: da fundamento a la coexistencia actual de los ciudadanos y se proyecta al futuro con la pretensión de desarrollarla en armonía y paz.

Nueve. Este relato es reducible, quizá, a una fórmula: la Constitución y su contemplación como norma, en la peculiar comprensión de las partes y mecanismos de la Constitución federal, que hacen a su forma de obligar a los ciudadanos y al poder estatal. Crear una norma no es semejante a

(26) En sentido semejante al atribuido a Protágoras: el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto que son y de las que no son en cuanto que no son, entendiendo por "medida" la norma y por "cosas" lo real; de forma que él podría decir que el hombre es la norma de todo lo real, de lo que es en cuanto que es y de lo que no es en cuanto que no es. Ver PROTÁGORAS y GORGAS, *Fragmentos y testimonios*, Bs. As., Hyspamérica, 1980, p. 51.

su identificación; tampoco interpretar o realizar es semejante a identificar. Por lo tanto, si crear la norma constitucional significa un estado de cosas mundano, a condición de que no se produzca un cambio ontológico en la realidad, su interpretación o realización no ha de consistir en la concreta, pura y precisa creación del objeto. Una regla constitucional solamente puede variar por vía de reforma. Sin embargo, si en alguna ocasión su contenido es derrotado, por ejemplo, por la actividad moral o criterios propios del intérprete judicial que restrinja o devalúe el ámbito de la normatividad, corresponde predicar en la especie que la decisión fundada en la ponderación genera un nuevo derecho estatal, que no es ni tendrá la propiedad de “constitucional”.

Una certeza final. El número de enunciados que contiene y organiza fundamentalmente una Constitución (o un sistema jurídico semejante), la Constitución federal, en suma, el mundo constitucional, es finito, aunque su combinación y ulterior realización posea una desmesura originaria. La realización, es decir, el despliegue concreto de la norma constitucional puede ser caracterizado o representado como una obra teatral, quizá dramática: el desarrollo cotidiano, suficiente e insuficiente, de la tensa relación entre los fundamentos elaborados por el hombre y su propia naturaleza.

¿Es la noción de “equilibrio” del art. 114 CN un concepto jurídico indeterminado? (El espejismo del caso “Rizzo”)

por **WALTER F. CARNOTA**⁽¹⁾

I | Planteo

Con motivo de la sanción de la ley 26.855 mucho se habló del concepto de equilibrio desplegado por el constituyente revisor de 1994 en el art. 114 de la Constitución Nacional. La oposición política y agrupaciones de jueces y de abogados argumentaron que la elección popular de los Consejeros, en la composición numérica diagramada por la nueva disposición legal, vulneraba la noción de equilibrio que contiene la norma que disciplina la membresía y competencias del órgano selector de magistrados.

No hay que extrañarse que la reforma de 1994 haya dado pie a estas querellas. En efecto, la falta de consensos políticos en esa revisión hizo que en muchos casos se echara mano a formulaciones de carácter muy amplio,

(1) Abogado por la Facultad de Derecho, UBA. Doctor en Derecho UBA. Profesor Titular Regular de la Facultad de Derecho, UBA. Profesor Titular Regular de la Facultad de Ciencias Económicas, UBA. Consejero Directivo por el claustro docente de la Facultad de Ciencias Económicas, UBA. Miembro del Comité Ejecutivo del Comité de Estudios Judiciales Comparativos (IPSA). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

con un posterior reenvío⁽²⁾ al Congreso para que “rellenase” los detalles que la Asamblea no podía finiquitar. La noción de equilibrio, entonces, pasaba a integrar ese catálogo de indeterminaciones.

Tampoco hay que horrorizarse frente a esta peculiar técnica de diseño constitucional, máxime tratándose de una Constitución.⁽³⁾ El constitucionalismo clásico ha acudido, permanentemente, a nociones tan vagas como justicia, debido proceso de ley, razonabilidad, y más recientemente, proporcionalidad, sustentabilidad (por ejemplo, en las cláusulas ambientales)⁽⁴⁾ y desarrollo humano, *inter alia*.

Empero, la vastedad de los cambios ocasionados por las seis leyes que integran el paquete de la “Democratización de la Justicia”, que sumados a los intereses corporativos en juego y el peso de prácticas enquistadas, hizo

(2) Ver DIXON, ROSALIND y GINSBURG, TOM, “*Deciding not to decide: Deferral in Constitutional Design*”, en *International Journal of Constitutional Law*, n° 3 y 4, New York, 2011, vol. 9, p. 636, para quienes “... la factura de las constituciones es caracterizada habitualmente como un intento de regular el futuro en beneficio del pasado, un acto de ‘imperialismo temporal’ en el cual los redactores de hoy constriñen a los futuros ciudadanos(...)Pese a este entendimiento de las constituciones como intentos de regular el futuro, suele acontecer que los hacedores de una constitución conscientemente eligen no atar a sus sucesores. En cambio, frecuentemente proyectan cláusulas constitucionales en lenguaje tan vago que no atan a sus sucesores de ningún modo. Alternativamente, eligen diferir la decisión al futuro adoptando cláusulas ‘de acuerdo a la ley’ que explícitamente delegan ciertas cuestiones a las legislaturas futuras. Esto es el opuesto al imperialismo temporal: más que controlar al futuro basado en preferencias pasadas, ambas estrategias dejan al futuro que se controle a sí mismo basado en preferencias contemporáneas”. Esto último es lo que aconteció —sobre la base de una fórmula laxa de equilibrio y sin fijar la composición del cuerpo— con el art. 114 CN y con las leyes 24.397, 26.080 y 26.855.

(3) Lo mismo podría predicarse de un tratado internacional. En este último caso, porque convergen en su redacción una pluralidad de Estados, que muchas veces responden a diversas culturas jurídicas y posicionamientos políticos. Ver al respecto, CARNOTA, WALTER F., “El marco teórico-conceptual de los tratados internacionales”, en Walter Carnota y otro (dirs.), *Tratado de los Tratados Internacionales Comentados*, Bs. As., La Ley, 2011, T. 1, p. 10.

(4) Se ha dicho respecto del art. 45 de la Constitución española de 1978 que “en la parte ambiental de la Constitución aparecen los rasgos más característicos de las normas constitucionales del Estado Social, a saber, su indeterminación, su vaguedad, su abstracción en suma. Se trata, además, de incorporaciones recientes al mundo de lo jurídico y, por eso mismo, desprovistas aun del sustento teórico que facilita la interpretación de otros preceptos constitucionalmente igualmente abstractos, pero ya madurados doctrinalmente. Si los términos ‘igualdad’, ‘justicia’ o ‘democracia’, a pesar de su vaguedad, pueden ser más fácilmente interpretados porque ya tienen acomodo, de antiguo, en la dogmática constitucional, voces como ‘medio ambiente’ o ‘calidad de vida’ son, por su novedad, tanto legislativa como doctrinalmente de muy difícil aprehensión hermenéutica”. Ver CANOSA USERA, RAÚL, *Constitución y Medio Ambiente*, Madrid-Bs. As., Dykinson, 2000, p. 49.

que el mentado “equilibrio” del art. 114 constitucional fuese usado como bandera política, en especial, contra algunos artículos de la ley 26.855. Esa línea argumental fue la que utilizó la mayoría de la Corte Suprema en “Rizzo” (sentencia del 18 de junio de 2013).

A lo largo del presente ensayo, procuraremos desentrañar la naturaleza del concepto de “equilibrio” fijado en la norma de base, es decir, intentaremos dilucidar si se trata, en definitiva, de un concepto jurídico indeterminado, o si estamos ante una pauta relativa a una actividad discrecional del órgano Congreso, librado a su zona de reserva (art. 75 CN).

2 | Los conceptos jurídicos indeterminados “vienen marchando”

El Derecho usa o emplea conceptos jurídicos indeterminados de modo constante y permanente. Nociones tan basales como “la buena fe”, “el buen comerciante”, el “buen padre de familia” o la equidad, son ejemplos de esta técnica, que se advierte ya en el derecho civil, en el mercantil, en el del trabajo, etc. Ahora bien, ha sido el derecho administrativo, como “Derecho Constitucional Concretizado” (expresión acuñada por Fritz Werner), el sector del ordenamiento jurídico que más atención y precisión dedicó a este tema.

Así, el derecho administrativo se ha manejado entre dos polos, la actividad administrativa discrecional y la actividad reglada. La primera de ellas ofrece al aplicador de la norma un menú de opciones, todas ellas válidas; por el contrario, en el caso del campo reglado, una sola es la solución que tiene quien debe actuar el plexo normativo general, sin que dé lugar a opciones o alternativas: si se cumplen los supuestos de hecho predeterminados en la regla, hay que activarla sin más. Entre ambos polos se coloca el concepto jurídico indeterminado.

En tal sentido, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández explican que:

“...la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos,

etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, pues se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante la imprecisión de sus límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como lo es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional”.⁽⁵⁾

Claramente, el abanico de opciones que se abre en un caso, y el *tertium non datur* (tercero excluido) que se da en la hipótesis del concepto jurídico indeterminado conlleva importantísimas implicancias jurídicas. De comienzo, los poderes de contralor del juez del contencioso —considerablemente ampliados en los últimos años en diversas latitudes,⁽⁶⁾ como fruto de procesos de creciente judicialización—⁽⁷⁾ en el marco de los conceptos jurídicos indeterminados es mucho más intenso (aunque el mismo se halle en la Constitución y no en la ley), no así en el de las potestades discrecionales. De allí que catalogar al susodicho “equilibrio” en uno u otro lugar no es tarea menor: en el primer supuesto, la mayoría de la Corte en “Rizzo” habría tenido razón; en el segundo, no.

En el caso español, el art. 24 de la CE (que hace referencia a la tutela judicial efectiva) ha sido una cantera inagotable de conceptos jurídicos indeterminados, que empieza por el mencionado y sigue por otros contenidos en esa cláusula o derivados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.⁽⁸⁾

(5) Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *Curso de Derecho Administrativo*, Bs. As., La Ley, 2006, T. 1, pp. 466/467.

(6) Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Navarra, Thomson-Civitas, 2007.

(7) Citamos una vez más la pionera obra sobre el tema en el derecho constitucional comparado de TATE. C. NEAL y VALLINDER, TORBJÖRN, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995.

(8) Ver ORTEGA GUTIÉRREZ, DAVID, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española Un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 25.

3 | El equilibrio en el Consejo

El constitucionalismo clásico adaptó nociones de la ciencia física y las llevó al campo del diseño institucional. Así, ideas-fuerza como la división de poderes, los frenos y contrapesos o el balance del poder, responden a esa lógica newtoniana.⁽⁹⁾ De allí que cabría preguntarse si el concepto del art. 114 agregado en el año 1994 también responde a ese patrón mental o no.

Propiamente, el art. 114 parece atender al equilibrio entre diversos sectores que iban a componer el Consejo: los abogados, los jueces, la representación política. Sus representantes deberían estar "equilibrados", es decir, compensados.

Sin embargo, la cláusula en la redacción que muestra tiene una trampa. En efecto, la mencionada regla del art. 114 nos habla de que la integración del Consejo se conformará "de modo tal que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal".

¿Es lo mismo aseverar la existencia de un principio férreo y absoluto de equilibrio, como lo ha sostenido "Rizzo",⁽¹⁰⁾ o por el contrario nos hallamos ante una norma más elástica en su concepción, más deferente a la voluntad de desarrollo legislativo?⁽¹¹⁾

Mal que les pese a los tenaces opositores a la democratización de la justicia (y, concretamente, del Consejo de la Magistratura), el Constituyente revisor codificó más una tendencia o directriz a seguir, antes que un "principio de derecho público" de los que nos habla el art. 27 CN; cualquiera de los verbos del preámbulo ("constituir"; "afianzar"; "proveer"; "promover"; "asegurar") denotan más fuerza que "procurar".

(9) Ver CARNOTA, WALTER F., *Normas Constitucionales. Su elaboración*, Bs. As., Legis, 2009, p. 13.

(10) Los jueces Petracchi y Argibay hablan en el considerando undécimo de su voto concurrente en "Rizzo" que hay un "estándar constitucional" y al final del considerando decimo-cuarto, que hay una "decisión plasmada en el art. 114 de la Constitución Nacional".

(11) Podría también pensarse, en términos häberlianos, que el legislador siempre está llamado a "mediar, a equilibrar y a conciliar". Ver MÉNDEZ MADDALENO, JARY L., *La Constitución como proceso político*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 122.

Parecería que algunos autores y la jurisprudencia han querido encontrar un principio constitucional donde no lo hay. Ello no significa que el Congreso debiera exhibir una regulación “desequilibrada” o “desequilibrante” respecto de la composición del Consejo. Todo lo contrario, la Constitución le marca un camino, pero no exige —como postularon algunos— igualdad aritmética ni mucho menos.⁽¹²⁾

La elección popular viene a actuar aquí de vector de equilibrio. Tanto así que hay que unir la cláusula de procurar el equilibrio con la de composiciones periódicas. Como todo en política, se trata de equilibrios inestables. Con ese mismo criterio, todo gobierno de cualquier país en donde un partido político controlase el Ejecutivo y el Congreso no sería “equilibrado” y debería no ser permitido, lo cual es un absurdo. En su acendrada vocación por la incompletitud, el Poder Constituyente reformador de 1994 delegó en el Congreso el armado del Consejo.⁽¹³⁾ Los detractores de la ley 26.855 celebran hoy a la ley 26.080, que cuestionaron hasta unos pocos días antes de la sanción de su reemplazo por los mismos motivos de supuesta falta de equilibrio. Es más, la Corte se expidió en “Rizzo” teniendo a estudio todavía un pleito pendiente sobre la ley 26.080, a la que le brinda ultraactividad en cuanto desplaza a la ley 26.855.

4 | La necesidad de una adecuada teoría interpretativa constitucional

Si nos detenemos en las teorías interpretativas del caso “Rizzo” vemos que la mayoría prefirió seguir la supuesta voluntad del Constituyente en la Asamblea de Santa Fe-Paraná, antes de privilegiar la fuerza normativa del texto explícito del art. 114. El paraguas de un “constitucionalismo de límites” —necesario, pero no suficiente— no permitió ver, por ejemplo, la necesidad de participación ciudadana en un órgano de gobierno (que

(12) Se dice con todas las letras en la opinión de Zaffaroni, considerando 5º: “Es claro que equilibrio no es sinónimo de igualdad y ni siquiera procurar es lo mismo que deber”.

(13) Ello queda patentizado de nuevo en la disidencia del juez Zaffaroni. En efecto, en el considerando 4º de su voto discrepante, comienza afirmando con razón que: “... la citada reforma constitucional se caracterizó por perfilar instituciones sin acabar su estructura. En ocasiones se tiene la impresión de que simplemente marcó trazos gruesos que se limitaron a esbozar órganos y competencias, muy lejos de la precisión necesaria para delinear una ingeniería constitucional”.

integra el Poder Judicial, pero que no juzga). Paradojalmente, la Constitución autoriza en tres oportunidades el juicio por jurados,⁽¹⁴⁾ pero cancelaría las posibilidades de que el electorado componga el Consejo. Es que, en clave comparada, se ha dicho con razón que:

“... hemos partido de una concepción constitucional demasiado pobre, restringida y reducida de mero control de poderes públicos. Por consiguiente, nos urge ampliar dicha perspectiva hacia un constitucionalismo de integración ciudadana y cultural fundada en una sociología y pedagogía constitucional tan necesaria e imprescindible como la ingeniería constitucional”.⁽¹⁵⁾

Aquellos que han declamado la fuerza normativa de la Constitución, evocando a Hesse,⁽¹⁶⁾ han extraviado ni más ni menos que su letra, que no se ocupa de cómo se eligen los Consejeros de la Magistratura de modo expreso ni cuántos escaños le incumben a cada sector. Desecharon al primer método de interpretación que es el literal, el más sencillo, modesto y también a veces molesto. Es un fenómeno mundial, cuya crítica dirige su mirada al hecho constatable de que muchas veces se constata “la suplantación que hace el Tribunal Constitucional (o el Tribunal Supremo en los Estados Unidos de América) del poder constituyente, moldeando los principios constitucionales con las convicciones políticas y morales de sus magistrados”.⁽¹⁷⁾

5 | A modo de cierre

A nuestro primer interrogante, contestamos negativamente. No estamos frente a un concepto jurídico indeterminado, ya que fue colocado suave o indicativamente por el legislador constitucional. Para el caso, si hubiese querido decir paridad estamental, lo hubiese dicho y listo. La tendencia

(14) En sus artículos 24 *in fine*, 75 inc.12 parte final y 118.

(15) Ver AGUILERA PORTALES, RAFAEL E., *Constitución y Democracia: Fundamentos Políticos del Estado de Derecho*, Lima, Grijley, 2011, p. 125.

(16) Ver HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 77.

(17) Ver BASTIDO FREJEDO, FRANCISCO J., y otros, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 61.

hacia el equilibrio es, lamentablemente, tan esquivia, tan evanescente y tan nebulosa como muchos otros productos de la reforma constitucional de 1994. Aquí hay un margen de discreción (obviamente sujeto al “test” de razonabilidad) en cabeza del órgano Congreso, que puede elegir entre varios modelos de Consejos de la Magistratura mientras tengan variada integración.

Existen normas del derecho subconstitucional argentino que taxativamente hacen un elenco de los integrantes del Consejo de la Magistratura y de cómo se eligen.⁽¹⁸⁾ Si ello se quisiese modificar, no habría otro camino que el proceso de reforma de la Constitución.

La noción de “equilibrio” supone algo bueno. Es valioso que la gente no se desequilibre, que las instituciones no pierdan el rumbo, que los Estados no naveguen a la deriva, máxime cuando la Constitución es precisamente “carta de navegación”. Sin embargo, aquí el texto cimero fue deferente a la voluntad congresional. Más que poner un límite sustantivo fuerte, empero, añadió una guía orientativa flexible e híbrida: “procurar el equilibrio”.

Eso no quiere decir que la ley que pudiese sancionar el Congreso no pudiese ser inconstitucional por desequilibrada, pero el umbral es mayor: el convocado aquí para rellenar y completar el programa constitucional fue el legislador. Debería darse una inconstitucionalidad palmaria, contundente, que nosotros —al igual que la disidencia en “Rizzo”—⁽¹⁹⁾ no alcanzamos a detectar.

(18) Por ejemplo, el art. 160 de la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego no deja lugar a dudas de cómo se compone el Consejo ni del modo de cómo se eligen sus integrantes.

(19) Considerando undécimo de la opinión disidente de E. Raúl Zaffaroni.

Aportes de la teoría crítica al debate sobre el rol institucional del Poder Judicial⁽¹⁾

A mi nieto Lautaro porque es el futuro

por **JUAN CARLOS WLASIC**⁽²⁾

I | Introducción

El debate generado en torno de la denominada “democratización de la justicia” constituye, inicialmente, la consolidación de un análisis crítico del campo jurídico, al hacer manifiesto el entramado de intereses y las confrontaciones y los conflictos puestos en el acto de “administrar justicia”, rompiendo, con ello, un paradigma de neutralidad sobre el cual el Poder Judicial ha fundado su propio poder en el marco del sistema capitalista, si tenemos en cuenta que un punto de partida que la teoría crítica plantea es el análisis del derecho como discurso del poder y construcción social, y por ende, su interpretación y aplicación.

.....

(1) En lo principal, el presente artículo forma parte de una ponencia presentada por el suscripto en las *Jornadas Internacionales “Actualidad de la Teoría Crítica. VI Coloquio Internacional “Teoría crítica y marxismo occidental”*, Rosario, 10, 11 y 12 de octubre de 2013.

(2) Profesor Titular de “Derechos Humanos y Garantías Constitucionales” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Docente de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Rosario.

Sin embargo, la complejidad del funcionamiento del campo jurídico y sus relaciones con los restantes campos sociales nos colocan en la necesidad de profundizar la mirada sobre éste y efectuar, asimismo, un análisis crítico sobre lo que debemos entender por democratización y sobre las acciones concretas emprendidas y a emprender.

En ese contexto, tal cual lo iremos desarrollando, resulta importante señalar el esfuerzo del Poder Ejecutivo de la Nación y del Congreso Nacional, a través de diversas iniciativas y leyes, para romper con el referido discurso de neutralidad, la proposición de reformas y el dictado de leyes en igual sentido y la modificación del concepto de “anormalidad” que subyace en la construcción jurídica dominante, a través del reconocimiento del matrimonio igualitario, la identidad de género, las leyes de salud reproductiva o de salud mental, por ejemplo.

Pero también debe indicarse, desde la perspectiva crítica que asumimos y expondremos, que una efectiva “democratización de la justicia” requiere de un conjunto múltiple de acciones, algunas de las cuales aquí proponemos, a fin de que tal “democratización” no se constituya en una mera actualización normativa, que refuerza las relaciones de poder y dominación ya existentes, a través del derecho.

2 | Encuadre teórico-metodológico. Reflexiones críticas sobre el campo jurídico en la Argentina

Nuestra propuesta parte del análisis de campo jurídico que efectúa Pierre Bourdieu,⁽³⁾ quien, entendemos, proporciona herramientas útiles para una aproximación metodológica al estudio de su funcionamiento. Para ello, haremos una referencia a algunas de las categorías y afirmaciones epistemológicas que el nombrado formula y sobre las cuales desarrollaremos nuestros puntos de vista sobre la cuestión.

(3) BOURDIEU, PIERRE, *Poder, derecho y clases sociales*, 2ª edición, Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer, 2001.

2.1 | Definiciones del campo jurídico

Derecho y poder simbólico. El campo jurídico está constituido por un universo social relativamente independiente en relación con las demandas externas, en cuyo interior se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima cuyo monopolio pertenece al Estado y que puede servirse del uso de la fuerza física.⁽⁴⁾

Una primera aproximación al problema nos plantea dos niveles de análisis importantes:

a) **El funcionamiento del campo jurídico es relativamente independiente de las demandas externas.** Su poder radica, como bien señala Bourdieu, en la posibilidad de apropiarse del conflicto entre profanos y reconducirlo a términos jurídicos, expropiándole el mismo, y resolviéndolo conforme a derecho. De igual modo, esta relativa independencia se refleja en el ofrecimiento de servicios jurídicos que los agentes del campo generan —los que, muchas veces no responden a las necesidades de justicia de la sociedad—.

Esta apropiación, y relativa independencia, adquiere particular trascendencia en la medida en que se trata de un campo estrechamente vinculado con el campo político y de poder —que, como bien se señala, puede hacer uso legítimo de la fuerza física como atribución estatal—.

Ello nos permite acercar una primera explicación al carácter “elitista” del Poder Judicial, centrada en su propio funcionamiento. También explica la permanente distancia existente entre el discurso profano y el discurso jurídico en materia de justicia, y las dificultades de comprensión que se generan, por caso, al momento de una sentencia.

Además, y como simple ejemplo de la relación entre el campo político y el campo jurídico, esta apropiación es funcional a las relaciones de poder, cuando, por ejemplo, se formula una denuncia política de corrupción, y la respuesta es: “si tiene pruebas recurra a la Justicia”. O, más seriamente, cuando nos referimos a la judicialización del conflicto social: cuando, por ejemplo, un problema de vivienda se resuelve desalojando compul-

(4) BOURDIEU, PIERRE, *ibid.*, pp. 167/168.

sivamente un asentamiento calificado de ilegal. En la práctica, ello puede representar la postergación del tratamiento de un tema políticamente sensible, o bien la transferencia de la solución a un ámbito estatal (la administración de justicia) que carece de atribuciones operativas para ello, de un modo que podemos calificar como “legal”.

¿Es posible pensar la democratización de la administración de justicia como forma alternativa al monopolio del Poder Judicial? Creo que no sólo es posible, sino también necesario; una necesidad que se justifica en la inoperancia del propio Poder Judicial para la resolución de un número creciente de conflictos sociales y convivenciales, que, en última instancia, tienen una relación con el derecho. Y lo considero posible, en la medida en que comprendamos que democracia es participación y distribución del poder. Para una auténtica democratización, considero central a las instancias de mediación comunitaria para conflictos en un barrio, en una comunidad, etc. Llevadas a cabo por sus propios integrantes y en relación con los mismos, y aun dentro del marco de un concepto de justicia de carácter profano. Participar en la resolución de los propios conflictos también genera la responsabilidad por la decisión adoptada: así como permite tomar alguna distancia de formas tuteladas de ejercicio de la función de decidir, también nos saca de la comodidad de responsabilizar de todo a un tercero.

Aprovecho además aquí a precisar lo que entiendo como formas tuteladas de ejercicio de la función de decidir. Tomaré como ejemplo el debate en torno al juicio por jurados. Si lo que pretendemos es que quien decide (miembro del jurado) reciba instrucción jurídica previa por un juez, que tenga un nivel de educación determinado, que tenga una determinada posición social, por ejemplo, estamos claramente frente a una forma tutelada de ejercicio de la participación, que, en definitiva, pretende sustituir la decisión del juez por la del jurado, conforme los propios parámetros técnicos. Si lo único que nos interesa es que el jurado no tenga criterio previo al juicio impulsado por razones discriminatorias, personales, de interés, etc., pero aceptamos que decida conforme su propia convicción (criterio profano), estaremos, a mi entender, dando un paso hacia la democratización.

Lo mismo cabe para el debate en torno a la elección directa por el cuerpo electoral de los integrantes del Consejo de la Magistratura de la Nación. Sin perjuicio de compartir la disidencia del Dr. Zaffaroni en la decisión de

la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) sobre el tema, hay que señalar que el hecho que sólo tengan la posibilidad de proponer candidatos los partidos con amplia representación nacional constituye un fuerte tutelaje político al poder de decisión del electorado, ya que enmarca claramente el tema en el contexto de la disputa oficialismo-oposición. Permitir que todos los partidos políticos nacionales, el Colegio de Abogados, el Colegio de Magistrados, y grupos de magistrados y/o funcionarios puedan proponer candidatos amplía y democratiza el poder de decisión del electorado. Asimismo, que esa elección se independizara de la elección general, facilitaba el debate democrático en torno al Poder Judicial, su integración y su funcionamiento.

No se trata de alternativas que no generen problemas o dificultades, pero sí que desplazan el eje de los mismos: no se trataría de aquéllos que genera el monopolio de la administración de justicia por el Poder Judicial, sino de los que se producen por el ejercicio participativo del poder de decisión.

Para finalizar estas primeras apreciaciones, no deseo dejar pasar un posible cuestionamiento a mis propuestas, de tipo político, consistente en afirmar que si la Justicia no pudo pasar esta reforma propuesta, cómo pretender su profundización. Mi respuesta es que para democratizar la justicia hay que democratizar el debate sobre ello. Y lo digo en el sentido de poder incidir en la redacción final del proyecto. Considero al proyecto de debate y elaboración de la Ley de Medios Audiovisuales un buen ejemplo. Si bien es esperable que todo proyecto transformador genere resistencias, estoy seguro, que en este último caso, la base social para sostenerlo es mayor y el contrapoder que se opone a tales resistencias, más importante.

b) Se ejerce la autoridad jurídica, como forma por excelencia de la violencia simbólica legítima. La autoridad jurídica es ejercida por sus agentes en el campo —abogados y jueces— en la labor de aplicación e interpretación de la ley. Tales agentes están investidos de un poder excepcional, que consiste en un poder simbólico, entendido como reconocimiento político, social, legal e institucional para decidir controversias, representado por frases tan corrientes como “vaya a la Justicia”, “que lo resuelva la Justicia”, “¿qué pasa que la Justicia no interviene?”, “hay que atenerse a lo que resuelva la Justicia”, o similares; es decir, de una auto-

ridad que está investida de una violencia simbólica legítima que habilita hasta el uso de la fuerza física. No hay forma más “legítima” dentro de los parámetros del sistema dominante que ordenar una acción violenta a través de la administración de justicia, inclusiva de jueces y fiscales; y aún la trasgresión cometida por funcionarios judiciales a una determinada orden concluye legitimándose. Voy para ello a referir un hecho sucedido pocos años atrás en Mar del Plata. Ante la ocupación de viviendas de un plan que se encontraba paralizado por un grupo de familias sin techo propio o en situación de calle, un juez de garantías ordena su desalojo, pero debiéndose dar cumplimiento a las Recomendaciones que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, DESC) establece en casos de desalojo forzoso (Observación General N° 7) y delegando en la fiscal su cumplimiento. Frente a la resistencia de los ocupantes, y con consentimiento de la fiscal sobre el terreno (la que, luego, se retira), la policía ingresa y desaloja violentamente el lugar, y el abogado de los ocupantes es detenido. La desocupación quedó consolidada en el marco de tal ejecución, y fue la conducta de los ocupantes la que justificó la medida.

Es decir que el uso legítimo de la fuerza propia del Estado capitalista se ejerce “conforme a derecho” a través de la administración de justicia, como parte integrante de ese Estado. Pero, además, dicho ejercicio o no ejercicio está, expresa o tácitamente, consentido por el Estado como órgano integrado. Por ejemplo, cuando el Poder Ejecutivo Nacional decidió no hacer uso de la fuerza para desalojar el puente Gualeguaychú-Fray Bentos, a ningún juez o fiscal se le ocurrió hacerlo en forma efectiva; pero, en cambio, si tomamos situaciones actuales de violencia institucional (cárceles, institutos de menores, gatillo fácil, represión, maniobras del poder penitenciario o policial, por ej.), la complicidad de los tres poderes en la inacción destinada a su erradicación definitiva es manifiesta; baste señalar como ejemplo la reciente fuga de presos de la cárcel de Ezeiza que, en vez de fortalecer el control político sobre la fuerza penitenciaria, concluye generando el alejamiento de un funcionario político que procuraba, en parte, ejercer ese control y subordinación. Todo ello, además, reforzado, como veremos más adelante, por el sentido y el contenido de la ley y la composición del Poder Judicial.

Y si bien el denominado “control de constitucionalidad” puede generar tensiones entre “poderes” de un mismo Estado, lo cierto es que, en la práctica, siempre aparecen alternativas institucionales para su reconduc-

ción. Un simple ejemplo: la movilidad de las jubilaciones. La CSJN resuelve que la dilación indefinida en dictar una ley de movilidad jubilatoria por parte del Congreso Nacional, conforme lo establece la Ley de Solidaridad Previsional de 1995, es inconstitucional. Estipula un plazo razonable para su dictado, el cual no es cumplido. Al año siguiente establece, en el caso concreto, la movilidad que entiende constitucional. Entonces el Congreso Nacional dicta una ley que se aparta de dichos parámetros de movilidad (un índice compuesto), que es la que se aplica actualmente.

En este contexto podemos ubicar la llamada “democratización de la justicia”. La inconstitucionalidad dictada por la CSJN no cierra ese proceso en forma definitiva. En una solicitada reciente,⁽⁵⁾ el conjunto de jueces y funcionarios judiciales integrantes de Justicia Legítima, además de rechazar las acordadas dictadas por el máximo tribunal federal que se oponen a la aplicación de determinadas leyes que integran esa propuesta, afirma estar trabajando en la modernización de los procedimientos, incluyendo la regla general de la oralidad, lo que marca ese proceso de reconducción antes señalado. Además, a dicho respecto y en coincidencia con lo expresado, entiendo que la última pretensión de la CSJN es “formar parte” del proceso de elaboración de esa propuesta, como integrante del Estado legitimador del ejercicio de la violencia simbólica. No quiero fatigar con ejemplos, pero qué mejor testimonio de ello que el fallo de la Corte Nacional en “Galli” (2005), en el marco de la denominada “emergencia económica”, en el que, a fin de confirmar la constitucionalidad de la pesificación de los bonos de la deuda pública, recurre al fundamento de la continuidad del Estado y a la necesidad de no provocar su desintegración, recurriendo a ejemplos de la primera post guerra mundial.

Lo expuesto plantea una cuestión de fondo, que será objeto de reflexiones futuras y que excede esta primera aproximación al tema, y que se vincula con la pregunta en torno al alcance real de un proceso de democratización de la justicia en el marco de una violencia simbólica legítima habilitada, estructuralmente, por un Estado capitalista. Pero que también plantea cuándo se puede o conviene avanzar, aún dentro de este contexto, sabiendo de los límites que esas relaciones estructurales imponen.

(5) Ver *Página 12*, 06/09/2013.

2.2 | Relaciones de poder - interpretación - poder simbólico

“La lógica específica del campo jurídico está debidamente determinada: por una parte por las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas de concurrencia, o más precisamente, los conflictos de competencia que tienen lugar en el derecho y, por otra parte, por la lógica interna de las obras jurídicas que delimitan en cada momento el espacio de lo posible y, por consiguiente, el universo de soluciones propiamente jurídicas.

Los agentes del campo jurídico están investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, que consiste esencialmente en la capacidad socialmente reconocida de interpretar un corpus de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social.

La interpretación opera la historización de la norma, adaptando las fuentes a las nuevas circunstancias, descubriendo en ella posibilidades inéditas, y dejando de lado lo superado o caduco. Dada la extraordinaria elasticidad de los textos, que a veces llegan a la indeterminación o el equívoco, la operación hermenéutica de la *declaratio* dispone de una inmensa libertad.

El contenido práctico de la ley que se revela en el fallo es el resultado de una lucha simbólica (por la legitimidad) entre profesionales dotados de competencias técnicas y sociales desiguales, por tanto desigualmente capaces de movilizar los recursos jurídicos disponibles por la exploración y explotación de las 'reglas posibles' y de utilizarlos eficazmente, es decir, como armas simbólicas para hacer triunfar su causa; el efecto jurídico de la regla, es decir, su significación real, se determina en la relación de fuerza específica entre los profesionales, de la que puede pensarse que tiende a corresponderse a la relación de fuerza entre los justiciables correspondientes”.⁽⁶⁾

(6) *Ibid.*, pp. 184/185.

Dijimos, en la introducción del presente trabajo, que la discusión abierta en torno de la democratización de la justicia ha puesto de manifiesto **la lucha, hacia el interior del campo, por la interpretación de los textos legales, a fin de consagrar la visión legítima, recta del mundo social**. Pero esa lucha, además, se encuentra condicionada por la posición de sus agentes hacia el interior de dicho campo, conforme las distintas formas de acumulación de capital (económico, cultural, social, simbólico) de cada uno, y este posicionamiento se asocia a la de los justiciables que representan en el campo social (efecto de homología).

Valga como ejemplo de lo que deseamos plantear un reciente trabajo de Horacio Verbitsky,⁽⁷⁾ respecto a la relación existente entre los grupos económicos dominantes y su interpretación del derecho. Baste señalar, entre los ejemplos allí desarrollados, los siguientes: José A. Martínez de Hoz (h), directivo del Colegio de Abogados de Buenos Aires —que dirige su revista y que representa a numerosas empresas ante el CIADI—, sostiene que “Los laudos del CIADI jamás pueden ser impugnados ante los tribunales locales pero sí invocados como defensa ante una acción dentro del país”. Asimismo, afirma que: “El Colegio de Abogados de Buenos Aires es la más pequeña de la entidades de la profesión legal, pero también la más poderosa, porque reúne a los miembros de los mayores estudios, que tienen entre sus clientes a las principales empresas extranjeras, de las que varios de esos abogados han sido CEO y/o directores”. Pero, además, hay que señalar que varios de los socios del referido Colegio o del Foro de Estudios sobre la Administración de la Justicia (“FORES”) patrocinan empresas extranjeras en el CIADI contra la Argentina.

La contracara está representada por la situación de los abogados que defienden y sostienen una interpretación del derecho favorable a los sectores socialmente subordinados (pobres, excluidos sociales, sin techo, etc.), que se encuentran en una situación de subordinación en el campo jurídico. Más arriba explicité cómo un abogado que defendía a un grupo de familias sin techo, en un desalojo violento, terminó preso y su defensa no fue asumida en forma inmediata por el Colegio de Abogados de Mar del

(7) VERBITSKY, HORACIO, “Los abogados de la represión al neoliberalismo”, en *Cuentas pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura*, Bs. As., Editorial Siglo XXI, 2013, pp. 416/418 y 422 y ss.

Plata, para lo cual fue necesaria la presentación de un grupo de colegiados en tal sentido.⁽⁸⁾

Pero, además, esta situación de posicionamientos diferentes, **se homologa con la jerarquía diferente de las disciplinas jurídicas**. Los sectores dominantes, a su vez, se vinculan disciplinariamente con el derecho civil o comercial, que claramente se relaciona con la protección de la propiedad privada como eje del sistema capitalista, mientras que los sectores subordinados, se asocian a disciplinas de igual carácter, como el derecho social. Dicha jerarquización es fácilmente demostrable: mientras en el Proyecto de Unificación del Código Civil y de Comercio (lo que, de por sí, demuestra la compatibilidad existente entre ambos desde siempre) se reafirma la posibilidad de pactar la jurisdicción internacional y se regula la propiedad comunitaria como forma de la posesión; el derecho del trabajo fue fuertemente modificado desde la dictadura y durante la década neoliberal, aproximándolo al viejo régimen civilista de la locación de servicios, que aún hoy en día mantiene parte importante de su vigencia. Ello se refuerza, además, con otros dos temas cruciales, la formación y la selección, que trataremos un poco más adelante.

Frente a ello es indudable que nos enfrentamos a intereses económicos dominantes, a corporaciones, profesionales y jueces que los defienden y que están especializados en los aspectos disciplinares más funcionales al sistema capitalista. Ante ello, la aparición de voces y organizaciones alternativas, como Justicia Legítima, son auspiciosas y necesarias; pero también es indudable que estratégicamente hay que desarrollar actividades tendientes, en primer lugar, a visualizar efectiva y concretamente este funcionamiento y, por el otro, a procurar el compromiso de todos los sectores subordinados —tanto del campo jurídico como del social, que están fuertemente afectados por este funcionamiento—, inicialmente, democratizando el debate.

En consonancia con lo anterior, y aplicando la referencia a la interpretación y adaptación normativa a la que hace referencia Bourdieu sobre la base de la elasticidad de los textos legales, el derrotero de la reforma al Consejo de la Magistratura nacional y, en particular, a la forma de elec-

(8) Ocupación de viviendas en el Barrio General Pueyrredón, 2009.

ción de los representantes de los abogados y jueces, es un fiel ejemplo. Al referirse al tema, el art. 114 de la Constitución Nacional admite una interpretación polisémica. No dice expresamente nada sobre la forma de elección de tales representantes. Utiliza términos que pueden interpretarse en ambos sentidos, lo que queda reflejado por los votos de la mayoría, en contra del proyecto, y el voto en disidencia del Dr. Zaffaroni, a favor del mismo. Ahora bien, en definitiva, la interpretación dominante se corresponde con la afirmación de privilegios corporativos —en este caso, de abogados, jueces y magistrados, coincidentes con los intereses dominantes en el campo jurídico—. Esta polisemia, en general, favorece las interpretaciones que reafirman el *statu quo* o que habilitan cambios que actualizan el carácter dominante de esos intereses en el marco de las nuevas coyunturas; pero, muy difícilmente, a partir de ellos, sea posible fundar criterios interpretativos de cambios profundos que afecten directamente a dichos intereses.

No se trata de minimizar aquellas reformas legales destinadas a la construcción de ciudadanía y al empoderamiento de quienes cultural o legalmente han sido sistemáticamente discriminados (por ejemplo, Ley de Cupo Femenino, Ley de Matrimonio Igualitario, Ley de Género, Ley de Salud Mental, Ley de Derechos del Paciente o de Ley Salud Reproductiva) —reformas que también han sido el resultado de largas y sostenidas luchas—, sino de señalar de qué manera las resistencias y dificultades son mayores en la medida en que las leyes se aproximen a la afectación de intereses estructurales dominantes (como modificar las leyes laborales con el fin de erradicar el trabajo en negro; reconocer la existencia de dos formas de propiedad: privada y comunitaria; u otorgar amplia exigibilidad a los DESC, por ejemplo).

2.3 | El poder de las formas.

El derecho: universalidad y neutralidad.

El rol de la codificación

“La proximidad de intereses, y sobre todo, la afinidad de *habitus*, vinculada a formaciones familiares y escolares semejantes, favorecen la similitud de las visiones del mundo; de allí resulta que las elecciones que el cuerpo debe realizar, en cada momento, entre

intereses, valores y visiones antagónicas, tienen pocas posibilidades de desfavorecer a los dominantes, puesto que el *ethos* de los agentes jurídicos, que están en el origen de esas elecciones, y la lógica immanente de los textos jurídicos, que son invocados para justificarlas, son acordes con los intereses, valores y la visión del mundo de los dominantes.

Pero la eficacia del derecho tiene en particular que se ejerce más allá del círculo de aquellos que ya están convertidos de antemano, debido a la afinidad práctica que les une a los intereses y valores inscritos en los textos jurídicos y en las disposiciones éticas y políticas de quienes están encargados de aplicarlas. Y no hay duda que la pretensión de la doctrina y el procedimiento judicial a la universalidad que se realiza en el trabajo de formalización contribuye a fundar su 'universalidad' práctica (...) el derecho no puede ejercer su eficacia específica más que en la medida en que obtenga reconocimiento, es decir, en la medida en que permanezca desconocida la proporción más o menos amplia de arbitrariedad que está en el principio de su funcionamiento".⁽⁹⁾

"La institución jurídica contribuye, sin duda universalmente a imponer una representación de la normalidad en relación a la cual todas las prácticas diferentes tienden a aparecer como desviadas, anómicas o sea anormales o patológicas".⁽¹⁰⁾

El discurso jurídico codificado, es evidente, se caracteriza por su universalidad y neutralidad, y la consecuente impersonalidad del lenguaje (el actor, el demandado, el testigo, la persona, etc.). El efecto es claramente inclusivo, es decir que todos/todas nos encontramos en la titularidad y ejercicio de los derechos formalmente reconocidos, encubriendo así, tal cual lo señalaba Marx en sus clásicos textos vinculados con la superestructura, las exclusiones efectivamente existentes para el acceso a los mismos —exclusiones éstas que son producto del sistema

(9) BOURDIEU, PIERRE, *op. cit.*, pp. 207/210.

(10) BOURDIEU, PIERRE, *ibid.*, p. 214.

capitalista de explotación y cuyo discurso, por ende, resulta funcional a su reproducción—.

Y si bien nuestra Constitución reformada en 1994 reconoce los grupos vulnerables, las acciones positivas, y la igualdad de trato y de oportunidades —lo que constituye un indudable avance frente a la igualdad ficta decimonónica—, lo cierto es que ello se plantea en un marco de excepcionalidad que reafirma la regla y que condiciona su aplicación. Se genera así un proceso de readaptación interpretativa que reactualiza la formalización jurídica pasada, funcional a los intereses dominantes, como modo de reproducción del sistema.

Pero, asimismo, tal cual ya se señaló, las normas jurídicas más próximas por su contenido a los intereses dominantes, resultan de mucha más difícil reforma y, por ende, requieren para ello de un proceso de conscientización mucho más amplio.

En cambio, en lo referente a la relación entre universalidad y normalidad, de fuerte corte cultural, y atento a un cierto grado de conciencia y compromiso social y a una decidida lucha de aquellos actores sociales calificados como “anormales” por un orden basado en los intereses dominantes, fue posible impulsar un número importante de leyes —como las de matrimonio igualitario; de identidad de género; de salud reproductiva; de derecho de las personas con sufrimiento mental, por ejemplo—, lo que tornó manifiesto el contenido de “arbitrariedad” de la norma cuestionada y quebró los parámetros de anormalidad del sistema dominante —sin perjuicio de lo cual, otros, como las personas privadas de libertad, por ese mismo discurso de normalidad, permanecen en un contexto de privación de derechos—.

Por ende, no se trata de minimizar o desdeñar los avances logrados en relación a la modificación del concepto de “anormalidad” dominante, sino de profundizarlo: consideramos que tales construcciones de ciudadanía sólo son parciales ya que se desarrollan en el marco de un orden jurídico que reafirma la explotación generada por los intereses capitalistas dominantes.

La democratización de la justicia no sólo implica asumir el desafío de modificar la composición y contenidos del propio Poder Judicial, sino también generar reformas legales (y políticas) de fondo, capaces de romper el círculo de reproducción al que nos hemos referido.

2.4 | *Habitus*. Ortodoxia y doxa

"La previsibilidad y calculabilidad con que Weber caracteriza al 'derecho racional' descansa sin duda, ante todo, en la constancia y homogeneidad de los hábitos jurídicos: moldeados sobre la base de las experiencias familiares semejantes, a través de los estudios de derecho y de la práctica de profesiones jurídicas, las disposiciones comunes funcionan como categorías de percepción y de apreciación que estructuran la percepción y la apreciación de los conflictos ordinarios y que orientan el trabajo destinado a transformarlos en confrontaciones jurídicas".⁽¹¹⁾

"...el derecho, en tanto que discurso intrínsecamente poderoso y abastecido de medios físicos para hacerse respetar, está en condiciones de pasar, con el tiempo, del estado de ortodoxia, creencia recta explícitamente enunciada como deber ser, al estado de doxa, adhesión inmediata a lo que cae por su propio peso, a lo normal, como cumplimiento de la norma que se suprime en cuanto tal en su propio cumplimiento".⁽¹²⁾

Este proceso de reproducción del orden establecido a través del derecho, su interpretación e implantación, está vinculado con lo que Bourdieu denomina el *habitus* jurídico, integrado por experiencias familiares (familia de abogados), la formación universitaria (remisión al acápite siguiente: formación) y la propia práctica jurídica, que van generando reglas de conducta constitutivas del propio campo, y que quienes desean formar parte del mismo, deben cumplir. Así, acatamiento irrestricto a la ley y a los contenidos de la sentencia, aceptación de los límites recursivos, apego a las reglas procesales, etc.; generan conductas propias de campo, que disciplinan la conducta de sus integrantes y que censuran toda forma de actuación al margen de las mismas.

Pero, además, estas reglas que, en principio, formaban parte de la ortodoxia —es decir, debían existir como tales y ser aceptadas racionalmente en su legitimidad—, con el tiempo van transformándose en doxa —es de-

(11) *Ibid.*, pp. 193/194.

(12) *Ibid.*, pp. 216/217.

cir, en conductas que se naturalizan como las debidas y necesarias para formar parte del campo, sin necesidad ya de tamiz racional o explicativo alguno—. Ello refuerza, indudablemente, la reproducción, la repetición.

Para ejemplificar el sentido de lo expuesto me remitiré a un caso concreto. Durante la segunda mitad del año 2008 y primera parte del 2009, un grupo de trabajadores de una empresa pesquera en quiebra, frustrados por años de litigio sin cobrar, decidieron hacer una manifestación callejera frente al ingreso principal de los tribunales provinciales, en la ciudad de Mar del Plata, exhibiendo carteles y unos féretros, y responsabilizando de su situación a jueces, funcionarios y abogados.

El 4 de febrero de 2009, el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mar del Plata saca un comunicado pidiendo la intervención de los órganos jurisdiccionales competentes para hacer cesar dicha situación, la que es comunicada a los colegiados. Las afirmaciones allí contenidas permiten advertir los efectos del proceso antes señalado. Así, se dice:

“Los hombres de derecho, y particularmente los miembros del Poder Judicial con responsabilidades funcionales no podemos seguir soslayando la alteración al orden que esos actos conllevan (...) La situación descripta constituye, en la sumatoria de circunstancias, un agravio a las instituciones, un ataque a la función judicial y a la actividad de profesionales auxiliares de la justicia y una obstrucción al derecho de los justiciables que no puede ser consentida (...) Mucho menos podemos los hombres de derecho eludir las formas y los medios a los que todos y cada uno de nosotros debemos ajustar nuestras conductas y acciones, y que implican, ineludiblemente, el respeto de la ley y el debido proceso judicial, sus tiempos y el acatamiento a sus resoluciones firmes”.

Para cerrar lo expuesto, en cambio, con relación a los manifestantes se dice: “...un grupo de manifestantes que dicen ser trabajadores de empresas pesqueras locales, presuntamente damnificadas en el proceso de quiebra de la empresa 'Estrella de Mar'...”.

Afirmaciones como: respeto a la ley y al debido proceso judicial, sus tiempos y el acatamiento de sus resoluciones firmes, aparecen como reflejo de una doxa jurídica que no requiere explicación, que aparece naturalmente

obligatoria, y que, además, descarta o deslegitima otras formas de actuación, sin explicación alguna, por su propio peso. Y por otra, mientras se legitima la acción por los destinatarios de los agravios (abogados, jueces, funcionarios auxiliares de la justicia), se deslegitima la conducta de los manifestantes, caracterizándolos como “que dicen ser trabajadores” y que son presuntos damnificados.

La constitución de “Justicia Legítima” puede consistir, de consolidarse, en un intento válido destinado a cuestionar los *habitus* y la doxa jurídica, pero seguramente requerirá de una profundización de sus planteos y de un acompañamiento que no esté principalmente condicionado por la relación del campo jurídico con el campo político.

2.5 | Formación y selección

“La importancia de los beneficios que el monopolio del mercado de los servicios jurídicos asegura a cada uno de los miembros, depende del grado en que pueda controlar la producción de sus productores, es decir, la formación y, sobre todo, la consagración por la institución escolar de los agentes jurídicamente autorizados para vender servicios jurídicos y, así, la oferta misma de los servicios.

Aparece aquí, sintetizada, a su vez, la relación existente entra la constitución del campo jurídico, el monopolio de los instrumentos necesarios para la construcción jurídica, a cargo del cuerpo de profesionales, y las formas de control de la producción de los productores a través de la formación, es decir, la consagración académica y profesional a través de la universidad, la formación de postgrado y las instituciones académicas”.⁽¹³⁾

Cerraremos el desarrollo de esta ponencia abordando el tema de la formación y de la selección, sin dejar de reconocer que ésta resulta ser una primera aproximación a un problema complejo que se vincula con el sentido y la efectividad de un proceso de transformación del rol institucional y político del Poder Judicial.

.....

(13) *Ibid.*, pp. 196/197.

Tal cual queda planteado, **una forma de control sobre los productores del campo jurídico, y por ende, de sus producciones, es a través de la formación.** Así como el derecho civil y comercial y sus productores, por las razones ya expuestas, mantienen una posición dominante en el campo jurídico, la presencia constante de la disciplina civil en todos los años de la carrera de derecho (Parte general, Obligaciones, Contratos, Reales, Familia y Sucesiones) y de la disciplina comercial en varios de ellos (papeles comerciales, Sociedades, Quiebras) marcan su indudable prevalencia en la formación profesional, capital cultural imprescindible para el ingreso al campo jurídico. En cambio, disciplinas como derechos humanos o derecho del trabajo y de la seguridad social, tienen una presencia exigua, que en muchos casos, sólo se extiende por un cuatrimestre.

Estas mismas relaciones de poder se ven reflejadas en el ámbito de la formación de posgrado, en el ámbito jurídico editorial o en la constitución de las Academias o el desarrollo de los Congresos, Jornadas, etc. donde los referidos posicionamientos también se reflejan claramente. Por ejemplo, es permanente en los Encuentros y Jornadas de derecho constitucional la impugnación a la aplicación, en el orden interno, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y particularmente, a partir de que tal incorporación interpretativa permitió reabrir el juzgamiento a los responsables del terrorismo de Estado, claros agentes de los intereses económicos dominantes del capitalismo.

De allí que un componente básico de todo proceso de democratización o transformación de la administración de justicia, no puede desconocer, ni dejar de operar, sobre una democratización de la formación jurídica. Ello no sólo exige redefinir el perfil de profesional que deseamos formar, sino también operar una reorganización de la currícula que revalorice las disciplinas sociales, como asimismo, el fortalecimiento de su rol social con la incorporación de actividades comunitarias concretas que desarticulen la mirada de "profesión liberal" que predomina y es funcional a los intereses dominantes. Es indudable que la formación hace al futuro magistrado.

Finalmente, **el sistema de selección** de quienes van a ingresar a la administración de justicia es también una cuestión clave. Si bien el ingreso por concurso indudablemente constituye un avance hacia la ampliación de la base social de posibles ingresantes y de garantía de idoneidad, la grilla valorativa también es muy importante.

Si deseamos jueces comprometidos con los intereses populares debemos, al menos, elegir abogados que hayan demostrado explícitamente dicho compromiso o funcionarios judiciales que, en su desempeño, demuestren concretamente prácticas jurisdiccionales en ese sentido. Basar la selección en una idoneidad fundada en diversos grados de formación o en el buen uso de las técnicas jurídicas, en general, se plantea como una selección falsamente neutra, ya que dicha formación no lo es, tal cual quedó ya expuesto.

El desafío no es menor porque hay que romper con una tradición que también se refleja en el acto mismo de administrar justicia, de que se actúa o se selecciona desde un lugar de presunta neutralidad, cuando no es así. Pero ésta ha sido una cualidad central del poder del derecho, de su interpretación y de su aplicación, conforme ya lo desarrollamos, al menos, de un modo introductorio.

3 | Colofón

En síntesis, hemos procurado, en una primera aproximación, señalar que el desafío de democratización de la justicia requiere:

- Primero, conocer la complejidad de su funcionamiento, a través de las relaciones y posicionamiento de sus agentes, y la construcción de un *habitus* propio del campo jurídico, que favorece una acción y una reflexión, consistente con la reproducción de los intereses dominantes dentro del sistema.
- En segundo lugar, conocer tanto las relaciones existentes entre el Poder Judicial con los restantes poderes del Estado y con el campo del poder —y, a través de ello, con el campo social— como las relaciones de homología que se entablan entre los sectores dominantes del campo jurídico y los sectores dominantes del campo social, y entre los dominados del campo jurídico y los dominados del campo social.
- Seguidamente, reconocer que el derecho a ser aplicado e interpretado por los agentes del campo jurídico también es reflejo de las relaciones de dominación existentes y, por ende, que democratizar el Poder Judicial representa también, la necesidad de democratizar el derecho.
- Finalmente, señalar que democratizar el Poder Judicial exige democratizar los criterios de selección y también de formación de los futuros magistrados y funcionarios, para que las propuestas no queden en formulaciones de mera readaptación coyuntural.

Especialmente, queremos dejar expresada nuestra firme convicción, por todo lo desarrollado, relativa a que si no se genera un trabajo de difusión, de discusión, de intercambio en el campo social en relación con lo que representa el derecho, el funcionamiento del campo jurídico y su relación con los intereses capitalistas dominantes, y su funcionalidad con éstos, es muy probable que los eventuales cambios no representen más que actualizaciones del mismo sistema de dominación.

Como bien señala Bourdieu: "...el trabajo jurídico une continuamente el presente al pasado y garantiza que, salvo en caso de revolución capaz de poner en cuestión los fundamentos mismos del orden jurídico, el porvenir será a imagen y semejanza del pasado, que las transformaciones y las adaptaciones inevitables serán pensadas y habladas en el lenguaje de la conformidad con el pasado".⁽¹⁴⁾

.....
(14) *Ibid.*, pp. 211/212.

Tribunales constitucionales en el derecho comparado

por **GONZALO NAZAR DE LA VEGA**⁽¹⁾ y **LUCÍA SCHEINKMAN**⁽²⁾

I | Introducción

En el derecho comparado, encontramos numerosos ejemplos de ordenamientos jurídicos en los cuales los clásicos sistemas de control constitucional “concentrado” y “difuso” interactúan, dando lugar a modelos constitucionales heterogéneos.

Los tribunales constitucionales son una creación europea, cuyo origen teórico lo encontramos en la innovadora idea de Hans Kelsen de concentrar el control de constitucionalidad en un órgano independiente de los demás poderes del Estado, modelo que fuera concebido originalmente para la Constitución de Austria de 1920 pero que, con el tiempo (especialmente luego de 1945), se extendería a lo largo del continente europeo.

Como veremos, en el desarrollo de este trabajo, si bien en el sistema continental europeo predomina el control concentrado en los tribunales constitucionales, encontramos algunos rasgos propios del modelo de control

.....

(1) Abogado (UBA), con posgrado Propiedad Intelectual del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE) de la Universidad de Buenos Aires. Ex becario de la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo (IDLO).

(2) Abogada (UBA), con posgrado en curso en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en Universidad de Palermo. Ex becaria de la Universidad de Alcalá (UAH). Docente (UBA).

difuso. En el esquema kelseniano, las decisiones del tribunal constitucional se limitaban a cuestiones abstractas de derecho, debiendo pronunciarse hacia la generalidad, y no interviniendo en casos concretos. Sin embargo, al analizar los modelos constitucionales del sistema continental europeo contemporáneo, comprobamos la existencia de diferentes recursos que permiten la intervención de tribunales constitucionales en casos concretos, morigerando así el modelo de control puramente abstracto ideado por Kelsen.

Incluso en Estados Unidos, estandarte del control difuso absoluto por parte de los jueces que fuera instaurado desde 1803 en el célebre precedente "*Marbury vs. Madison*", este control se ha visto limitado por la doctrina del "*stare decisis*", que impone la necesidad de "estarse a lo decidido" por el Tribunal Supremo, fijando un criterio de seguimiento obligatorio para los tribunales inferiores.

Algo similar ocurre en Latinoamérica donde, debido a la influencia del modelo norteamericano, el control difuso de constitucionalidad tiene una arraigada tradición. Sin embargo, desde mediados del siglo XX varios países latinoamericanos han optado por incorporar tribunales constitucionales a semejanza del modelo europeo, pero con características distintivas propias.

Vemos entonces que, en la actualidad, es difícil encontrar modelos constitucionales "puros" en los que el control de constitucionalidad sea totalmente concentrado o difuso.⁽³⁾

A continuación, examinaremos los casos más relevantes de tribunales constitucionales en Latinoamérica y Europa, analizando en forma concisa sus rasgos más relevantes. Nos centraremos en lo relativo a la integración y modo de elección de sus miembros, las vías recursivas más destacadas y la legitimación procesal para su interposición, así como los efectos de sus sentencias.

Hemos seleccionado los modelos europeos y latinoamericanos que nos resultaron más representativos para nuestro análisis, siendo ésta una enumeración meramente ejemplificativa. Hecha esta aclaración, procedemos al estudio de tales sistemas de control de constitucionalidad.

(3) DALLA VÍA, ALBERTO R., "Modelos, tribunales y sentencias constitucionales", en *La Ley*, 06/02/2009, I-LALEY2009-A, 1158.

2 | Derecho comparado

2.1 | Bolivia

El Tribunal Constitucional Plurinacional es creado por la Constitución Política del Estado (artículos 179 y 196 a 204). El mismo se encuentra regulado por la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional N° 027 del 6 de julio de 2010.

El Tribunal se compone de siete magistrados titulares y siete magistrados suplentes, de los cuales al menos dos deben provenir del sistema indígena originario campesino (artículo 13 de la ley 027). Los integrantes deben contar con título de abogado con ocho años de especialización en derecho constitucional, administrativo o derechos humanos.

La duración del cargo como magistrado del Tribunal es de seis años, no pudiendo ser reelegidos de manera continua.

En Bolivia, la designación de los magistrados se realiza mediante elección popular, a partir de una lista previa de candidatos determinada por la Asamblea Legislativa Plurinacional.

La legitimación procesal para intervenir en el proceso constitucional depende del recurso articulado, según lo indica el recientemente sancionado Código Procesal Constitucional. De los mismos, se destacan los que se mencionan a continuación.

La **acción popular** —que tiene por objeto garantizar los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, espacio, seguridad y salubridad pública, medio ambiente y otros similares— puede ser interpuesta por toda persona natural o jurídica, por sí o en representación de una colectividad, por el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo, o por la Procuraduría General del Estado.

En el caso de las **acciones de inconstitucionalidad** que persiguen la declaración de inconstitucionalidad de toda norma contraria a la Constitución, se distinguen dos tipos. Por un lado, cuenta con una acción de inconstitucionalidad de carácter abstracto contra leyes, estatutos autonómicos, cartas

orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales. Y, por otro, la acción de inconstitucionalidad de carácter concreto, que procederá en el marco de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales.

La **acción de constitucionalidad abstracta** puede ser interpuesta por la Presidenta o Presidente del Estado Plurinacional, por cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional o de los Órganos Legislativos de las Entidades Territoriales Autónomas, por las máximas autoridades ejecutivas de las Entidades Territoriales Autónomas, y por la Defensoría del Pueblo. En cuanto a la **acción de constitucionalidad concreta**, puede ser interpuesta por la Jueza, Juez, Tribunal o Autoridad Administrativa que, de oficio o a instancia de una de las partes, entienda que la resolución del proceso judicial o administrativo depende de la constitucionalidad de la norma contra la que se promueve la acción. En ambos casos, la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma y sus fundamentos tiene efectos generales, es de carácter vinculante y tiene efectos derogatorios tanto sobre los artículos en los que hubiera recaído la inconstitucionalidad, en los casos parciales, o sobre la totalidad de la norma, en los casos en que se declara la inconstitucionalidad en su conjunto.

Asimismo, en el Código Procesal Constitucional boliviano se prevé un **control previo de constitucionalidad y consultas** que tiene por objeto confrontar el texto de tratados internacionales, proyectos de leyes, estatutos o cartas orgánicas, con la Constitución Política del Estado, así como determinar la constitucionalidad de preguntas de los referendos. Cuando se decreta la inconstitucionalidad de un tratado bilateral, el mismo no podrá ser ratificado, debiendo procederse a su renegociación, si correspondiera. Por su parte, la declaración de inconstitucionalidad de alguna cláusula de un tratado multilateral, no impedirá su aprobación, siempre que se formule reserva de los preceptos considerados contrarios a la Constitución por la declaración del Tribunal Constitucional Plurinacional. Respecto de la declaración de inconstitucionalidad de un proyecto de ley, ésta obliga al Poder Legislativo a adecuar o eliminar las normas observadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Entre los caminos legales para llegar al Tribunal Constitucional, se encuentra el **recurso contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos**

o contribuciones especiales, que puede ser interpuesto por toda persona natural o jurídica que se considere afectada por la creación, modificación o supresión de un tributo, impuesto, tasa, patente, derecho o contribución de cualquier clase o naturaleza.

El artículo 15 del Código Procesal Constitucional prevé que las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional, excepto las dictadas en las acciones de inconstitucionalidad y recurso contra tributos que tienen efecto general. Al mismo tiempo, destaca que las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares.

2.2 | Brasil

Si optamos por un entendimiento amplio del concepto de “Tribunal Constitucional”, no podemos dejar de mencionar el caso del Supremo Tribunal de Federal. Corresponde incluirlo en esta categoría en la medida en que, como afirma el reconocido doctrinario Peter Häberle, aquél ejerce funciones constitucionales jurisdiccionales, y está relacionado con la Constitución, trabajando con ella y dentro de ella mediante la interpretación.⁽⁴⁾

Tal como sostiene el reconocido constitucionalista Alberto Dalla Via, el Supremo Tribunal de Federal es cabeza del Poder Judicial, a la vez que “...atiende por vía recursiva los distintos recursos de inconstitucionalidad propios del sistema difuso, como también puede intervenir de modo concentrado y declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos *‘erga omnes...’*”.⁽⁵⁾

La Constitución Federal de Brasil de 1988 establece en el artículo 92 la existencia de un Supremo Tribunal Federal. Asimismo, se lo regula en los artículos 101 a 103.

(4) HÄBERLE, PETER, “Funciones y significado de los tribunales constitucionales en perspectiva comparada y comentario a los 60 años del tribunal constitucional”[en línea], http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/12_HABERLE.htm, consultado el 06/08/2013.

(5) DALLA VIA, ALBERTO R., *op. cit.*

Se compone de once Ministros, cuyos cargos son vitalicios. Tales Ministros deben tener entre 35 y 65 años de edad, poseer un notable saber jurídico y una reputación intachable.

Con respecto al proceso de elección de los Ministros, se inicia con la indicación del Presidente de la República. Luego el postulante debe ser aprobado por la mayoría absoluta del Senado Federal, tras lo cual es oficialmente nombrado por el Presidente de la República.

El control de constitucionalidad en Brasil es mixto, se conjugan los modelos concentrado y difuso, el tribunal reúne las competencias de una Corte Constitucional, encargándose por lo tanto del control abstracto y, asimismo, funciona como un órgano superior del Poder Judicial mediante la revisión de las decisiones tomadas por demás jueces y tribunales en materia constitucional.

Respecto de la legitimación para acceder al Supremo Tribunal Federal, depende de la acción intentada. En su faceta de control de constitucionalidad abstracto, encontramos las mencionadas a continuación.

Puede interponer la **acción directa de inconstitucionalidad**: el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de los Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, el Gobernador del Estado, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, las Confederaciones Sindicales o entidades de clase de ámbito nacional. En cuanto a los efectos de la sentencia, en el art. 97 de la Constitución brasileña se prevé que los tribunales únicamente podrán declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo del poder público con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros.

Respecto de la **acción declaratoria de constitucionalidad**, a través de la cual es posible requerir la declaración de que una ley es constitucional, pueden promoverla los mismos sujetos legitimados para interponer la acción directa de inconstitucionalidad. El fallo que emita el Supremo Tribunal tendrá efectos vinculantes para todos los demás órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública.

A su vez, cuenta con una **acción de inconstitucionalidad por omisión**, por la que, una vez demostrada la omisión en la aplicación de una medida que

proporciona efectividad al ejercicio de una norma constitucional, el Supremo Tribunal Federal puede señalar al poder competente que adopte las providencias necesarias; y, si se trata de un órgano administrativo, tiene un plazo de treinta días para hacerlas.

2.3 | Chile

El Tribunal Constitucional de Chile se encuentra instituido por la Constitución Política de la República (artículos 92 a 94) y se rige por la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (ley 17.997).

Está integrado por diez miembros, quienes deben contar con título de abogado. Permanecen nueve años en el cargo sin posibilidad de reelección, y se renuevan por parcialidades cada tres años

Del total de los miembros, tres son designados por el Presidente de la República, cuatro por el Congreso Nacional —dos nombrados directamente por el Senado y dos previamente propuestos por la Cámara de Diputados—, y los restantes tres son elegidos por la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a los efectos de sus decisiones, dependerá de la clase de proceso de que se trate. Según lo prevé el artículo 93 de la Constitución Política de la República, el Tribunal Constitucional entiende en diferentes procesos que enumeramos a continuación.

El recurso de **inaplicabilidad en un caso concreto de una norma que resulte contraria a la Constitución** puede ser interpuesto por cualquiera de las partes o por el juez. Las sentencias del Tribunal Constitucional en estos casos tienen efecto *inter partes*.

Cuando se trate de la **inconstitucionalidad de un precepto previamente declarado inaplicable**, esta declaración podrá ser instada por acción pública o de oficio por el mismo Tribunal. Los fallos del Tribunal en estos casos tendrán efectos *erga omnes*.

En el caso del **control obligatorio de constitucionalidad de leyes que interpreten un precepto constitucional, leyes orgánicas constitucionales y tratados, antes de su promulgación**, las normas deberán ser remitidas al Tribunal Constitucional por la Cámara de origen. Ejercido el control previo

de constitucionalidad por el Tribunal, dicha Cámara enviará el proyecto al Presidente de la República para su promulgación, con exclusión de aquellos preceptos que hubieren sido declarados inconstitucionales por el Tribunal.

Tratándose de **cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley**, podrán ser sometidas a decisión del Tribunal por el Presidente de la República, por cualquiera de las Cámaras, o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. El fallo del Tribunal Constitucional en este caso tendrá efecto *erga omnes*.

En aquellas **cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso**, el control por parte del Tribunal Constitucional procederá a petición del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en la ley o el decreto con fuerza de ley del que se trate.

2.4 | Colombia

La Corte Constitucional de la República de Colombia es establecida por la Constitución Política (artículos 239 a 245). Asimismo, se encuentra regulada por la ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia (artículos 43 a 49), el decreto 2067 de 1991 —por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional—, y por el Acuerdo 05 de 1992 —Reglamento de la Corte Constitucional—.

Actualmente, se encuentra compuesta por nueve magistrados, que deben contar con título de abogado y permanecen ocho años en sus cargos.

Son elegidos por el Senado de la República de ternas que presentan: tres, el Presidente de la República; tres, la Corte Suprema de Justicia; y tres, el Consejo de Estado.

En cuanto a la legitimación procesal para acceder a esta instancia, dependerá del proceso que se haya articulado. A continuación se mencionan los principales.

En Colombia, cualquier ciudadano puede ejercer una **acción pública de inconstitucionalidad** e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquéllos para los cuales no existe acción pública.

Además, cuentan con **objeciones de inconstitucionalidad a un proyecto de ley**, que pueden ser articuladas por el Poder Ejecutivo Nacional. Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inconstitucional, así lo indicará a la Cámara en que tuvo origen para que, oído el ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte y remita a ésta el proyecto para fallo definitivo. La sentencia que declare constitucional un proyecto de ley objetado surte efectos de cosa juzgada respecto de las normas invocadas formalmente por el Gobierno y consideradas por la Corte, y obliga al Presidente de la República sancionarlo.

Corresponde también a la Corte el **control previo obligatorio de constitucionalidad sobre tratados internacionales**, tal como lo establece el artículo 241 inciso 10 de la Constitución, debiendo ser sometido a su conocimiento por el Gobierno. Si la Corte declara el tratado inconstitucional, no podrá ser ratificado; mientras que si sólo algunas normas son consideradas inconstitucionales, el Presidente de la República podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 241 inciso 9 de la Constitución, la Corte revisa las decisiones judiciales relacionadas con la **acción de tutela de los derechos constitucionales**. En esta tarea, sólo dilucida lo relativo al aspecto constitucional y no se pronuncia sobre los hechos o cuestiones propios de la controversia judicial, por lo que la Corte Constitucional no actúa como una nueva instancia.⁽⁶⁾

En cuanto a los efectos de las sentencias dictadas como resultado del examen de las normas legales —sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad—, éstos son *erga omnes* en su parte resolutiva (artículo 48 de la ley 270).

(6) NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, "Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur" [en línea], http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-001220020000200003, consultado el 06/08/2013.

2.5 | Costa Rica

En Costa Rica, encontramos una Sala Constitucional formada por miembros de la Corte Suprema de Justicia. El modelo de Costa Rica cuenta con las principales características de un Tribunal Constitucional europeo (en cuanto a la autonomía funcional y administrativa, y nombramiento especial de sus miembros) y, como característica propia, resuelve cuestiones que incluso vinculan a las demás Salas de la propia Corte Suprema.

La mencionada Sala se encuentra instituida en el artículo 10 de la Constitución Política y sistematizada por la Ley de la Jurisdicción Constitucional 7135, del año 1989.

Se compone de siete miembros y doce suplentes (con título de abogado). El período de permanencia en el cargo para los titulares es de ocho años con posibilidad de reelección automática si no media oposición de la Asamblea Legislativa; y, para los suplentes, es de cuatro años, tal como lo dispone los artículos 158 de la Constitución y 4° de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

Son elegidos por la Asamblea Legislativa por medio de una votación con una mayoría superior a los dos tercios de sus miembros.

La Sala Constitucional efectúa un **control previo y abstracto** en las consultas que soliciten su opinión sobre proyectos legislativos al efecto de corroborar que no afectan la Constitución. Este control es obligatorio cuando se trata un proyecto de ratificación de tratado internacional, reforma de la Constitución, o de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Sobre otros proyectos, procede siempre que la consulta sea presentada por al menos diez diputados, por iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República, así como del Defensor de los Habitantes (este último, cuando el proyecto envuelva la violación de derechos fundamentales).

A su vez, lleva a cabo un **control posterior y directo** en las **acciones de inconstitucionalidad** cuando sea solicitado por: las partes del proceso, el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República o el Defensor de los Habitantes, aun si no es en el marco de un proceso concreto.

Las **consultas judiciales de constitucionalidad** pueden ser presentadas por los jueces ante la Sala para aclarar sus dudas, con fundamento en la constitucionalidad de una norma o acto que deban aplicar o de un acto, conducta u omisión que deban juzgar.

Las sentencias de la Sala Constitucional tienen efecto *erga omnes*, salvo para sí misma (artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional). El acto declarado inconstitucional es anulado y amputado del sistema jurídico.

2.6 | Ecuador

La Corte Constitucional del Ecuador se encuentra prevista por la Constitución de la República del Ecuador (artículos 429 a 440) y por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Cuenta con nueve jueces, los que deben ser titulados en Derecho, y haber ejercido la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria en Ciencias Jurídicas por un lapso mínimo de diez años. Duran en su cargo nueve años, sin reelección inmediata y son renovados por tercios cada tres años.

Son designados por una comisión calificadora integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones del Estado nacional (Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social). La selección se realiza entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana (artículo 434 de la Constitución de Ecuador).

La Corte Constitucional entiende en las **acciones constitucionales**, que pueden ser presentadas por cualquier persona individual o colectivamente. Las sentencias dictadas en el marco de las acciones públicas de inconstitucionalidad, sean contra actos normativos de carácter general o contra actos administrativos con efectos generales emitidos por autoridades del Estado, tienen efecto *erga omnes*.

Esta institución también efectúa el **control concreto de constitucionalidad**, a petición de cualquier juez de oficio o a pedido de parte. Cuando la Corte Constitucional se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica de que se trate con las normas constitucionales, el fallo ten-

drá efectos *erga omnes*. En caso de que la Corte se pronuncie únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos.

La Corte también resuelve las **objeciones de inconstitucionalidad presentadas en el proceso de formación de las leyes**, que pueden ser sometidas a su decisión por el Presidente de la República. Si se declara la constitucionalidad de un proyecto de ley, la Asamblea Nacional debe promulgarlo y ordenar su publicación. Si la declaración de inconstitucionalidad es parcial, la Asamblea Nacional debe reformular el proyecto de ley para adecuarlo a los términos previstos en la sentencia. En casos de inconstitucionalidad total, el proyecto se archiva hasta tanto desaparezca el fundamento de hecho o de derecho de la sentencia.

Tal como lo establece el artículo 436, inciso 6, de la Constitución, la Corte también se encarga de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las **acciones de protección, hábeas corpus, hábeas data** y otros procesos constitucionales, así como de los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

2.7 | Guatemala

El primer país que introduce un Tribunal Constitucional “puro” en Latinoamérica es Guatemala, al preverlo en su Constitución de 1965. Si bien no era independiente del Poder Judicial y carecía de algunos de los rasgos propios de los tribunales constitucionales contemporáneos, tenía competencias jurisdiccionales en materia constitucional.⁽⁷⁾

En la actualidad, la Corte de Constitucionalidad se encuentra establecida por la Constitución Política de la República de Guatemala (artículos 268 a 272) y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Título Cinco, en especial los artículos 149 a 189).

Cuenta con cinco magistrados titulares y suplentes, los que deben ser abogados colegiados con, al menos, quince años de graduados. Cuando conoce de asuntos de inconstitucionalidad en contra de la Corte Suprema

(7) GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO, “Los tribunales constitucionales en América Latina” [en línea], <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2225/13.pdf>, consultado el 14/08/2013.

de Justicia, del Congreso, del Presidente o del Vicepresidente de la República, el número de sus integrantes se eleva a siete, escogiéndose los otros dos magistrados por sorteo entre los suplentes. Se mantienen en su cargo por un período de cinco años.

Según el artículo 269 de la Constitución guatemalteca, los integrantes de la Corte Constitucional son designados de la siguiente manera: un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia, un magistrado por el pleno del Congreso de la República, un magistrado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados.

Las facultades de esta Corte son amplias, ya que además del **recurso de inconstitucionalidad**, conoce en única o última instancia de los procesos de **habeas corpus** y **amparo**, así como, en apelación, de las **impugnaciones de inconstitucionalidad de los casos concretos**; posee **atribuciones consultivas** sobre cuestiones de inconstitucionalidad a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado, o en relación con el veto del presidente de la República cuando éste alegue la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas (artículo 272 de la Constitución y 163 a 164 de la ley).⁽⁸⁾

En el caso de cuestiones sobre la **inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general**, éstas pueden ser traídas a conocimiento de la Corte Constitucional por: la Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente, el Ministerio Público a través del Procurador General de la Nación, el Procurador de los Derechos Humanos en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia, o cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos.

Con respecto a los efectos de la sentencia, si la declaración de inconstitucionalidad es total, la norma en cuestión quedará sin vigencia; mientras que, si es parcial, quedará sin vigencia el fragmento objetado como inconstitucional.

(8) FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, "Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina" [en línea], <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/188/6.pdf>, p. 62, consultado el 14/08/2013.

Si se trata de cuestiones de **inconstitucionalidad en casos concretos**, la legitimación está a cargo de las partes en el proceso. Si la Corte Constitucional declara que la norma objetada es inconstitucional, ésta deviene inaplicable al caso.

2.8 | México

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha convertido en el tribunal que resuelve asuntos constitucionales, con lo cual, materialmente y en la práctica, funciona como Tribunal Constitucional. Pero, a la vez, no ha dejado de ser el máximo tribunal y tiene también funciones de carácter administrativo y judicial ordinario. Se encuentra instituido por el artículo 105 de la Constitución Nacional, dándole al máximo tribunal del país la atribución de conocer en exclusiva de las acciones sobre controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

La Suprema Corte de Justicia se encuentra integrada por once Ministros y permanecen en el cargo durante quince años.

Para su designación, el Presidente de la República envía una terna a consideración del Senado, el cual designa al Ministro que deba cubrir la vacante. La designación se realiza por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado.

La Corte entiende en **cuestiones constitucionales entre distintos órganos públicos**, las cuales le son sometidas por los órganos intervinientes.

En el caso de las **acciones de inconstitucionalidad**, éstas pueden ser interpuestas por el 33% de la Legislatura (federal o estatal), por el Procurador General de la República, por los partidos políticos (con registro y siempre y cuando sean leyes de carácter electoral), o por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (cuando se trate de tratados internacionales).

En cuanto a los efectos de las sentencias, éstas tendrán efectos generales o *erga omnes*, cuando sean acordados por al menos ocho votos de los integrantes del pleno.

2.9 | Paraguay

En este país, el control constitucional se ha concentrado en una sala especial de la Corte Suprema, que si bien no constituye un tribunal constitucional *stricto sensu*, merece igualmente nuestra atención.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es instituida por el artículo 260 de la Constitución Nacional y la ley 609 de organización de la Corte Suprema de Justicia (artículos 1º, 11 a 13).

Se encuentra integrada por tres miembros y, en algunos supuestos, puede decidir la Corte en pleno. Mientras que el cargo como miembro de la Corte dura hasta los 75 años y sólo pueden ser removidos por juicio político, el cargo dentro de la Sala Constitucional dura un año, renovable indefinidamente. Los miembros de la Corte, en febrero de cada año, integran las Salas mediante voto secreto de, por lo menos, cinco de sus miembros; seguidamente, los miembros de la Sala que no integra eligen al presidente de aquélla (artículo 8º de la ley 609).

La Sala Constitucional conoce y resuelve sobre la constitucionalidad de leyes y de otros actos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución en cada caso concreto, limitándose el alcance de su sentencia al mismo. También decide sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias declarando la nulidad de las que resulten contrarias a la Constitución.

La intervención de la Sala Constitucional se lleva a cabo solamente en el marco de un caso justiciable. Su injerencia puede ser solicitada por las partes de un proceso o, en algunos supuestos, por el juez de inferior instancia de oficio.

2.10 | Perú

El Tribunal Constitucional de Perú se encuentra establecido en los artículos 201 a 205 de la Constitución Nacional y reglamentado mediante la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 28.301.

Se compone de siete miembros, los que deben ser abogados. Los integrantes del Tribunal Constitucional peruano duran en su cargo cinco años.

Los miembros del Tribunal son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros y no pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

Su intervención puede hacerse posible mediante diferentes procesos judiciales.

La **acción de inconstitucionalidad** (que procede contra leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución) puede ser interpuesta por: el Presidente de la República; el Fiscal de la Nación; el Defensor del Pueblo; el 25% del número legal de congresistas; cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas; los presidentes de la Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional; o los Colegios profesionales en materias de su especialidad.

Asimismo, el Tribunal Constitucional entiende en última instancia en los casos de **hábeas corpus**, **amparo** o **hábeas data**, interpuestos por el afectado. También resuelve **conflictos de competencia constitucional**, los que pueden ser articulados por los órganos intervinientes en el mismo.

A su vez, el artículo 200, inciso 5, de la Constitución Nacional, contempla la **acción popular**, la cual procede contra reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, que se estimen inconstitucionales.

Según lo previsto por el artículo 204 de la Constitución Nacional, el efecto de sus decisiones es *erga omnes*. Se establece que al día siguiente de la publicación de la declaración de inconstitucionalidad de la norma de que se trate, la misma queda sin efecto.

2.II | República Dominicana

El Tribunal Constitucional de la República Dominicana es instaurado por la Constitución Nacional (artículos 184 a 189) y la ley 137-11.

Se compone de trece miembros, los que deben contar con título de abogado. Los mismos llevan a cabo sus funciones durante un período único de nueve años, renovándose gradualmente cada tres años.

Los jueces del Tribunal Constitucional son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 11 de la ley 137-11).

Se trata de un sistema mixto, en el que el control de constitucionalidad que se efectúe dependerá del proceso en el cual se haya interpuesto la pretensión.

Cuando nos referimos al **control difuso de constitucionalidad** llevado a cabo por jueces inferiores, éste puede ser ejercido a petición de las partes de un proceso o de oficio. Las decisiones de los tribunales inferiores en estos casos, alcanzan solamente al caso particular.

En cuanto al **control de constitucionalidad concentrado**, enumeramos a continuación las principales acciones.

La **acción directa de inconstitucionalidad** puede ser interpuesta: por el Presidente de la República; por una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados; o por cualquier persona con un interés legítimo y jurídicamente protegido.

En el caso del **control previo sobre tratados internacionales**, puede ser articulado por el Presidente de la República (artículo 55 de la Ley Orgánica).

Cuando se trate de **conflictos de competencia de orden constitucional** entre los poderes del Estado, el titular de cualquiera de tales poderes, órganos o entidades en conflicto podrá someter la cuestión a la decisión del Tribunal Constitucional.

Los recursos de **hábeas corpus, hábeas data y amparo**, podrán ser interpuestos por el afectado.

En cuanto a los efectos de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, el efecto de las mismas es *erga omnes*.

2.12 | Venezuela

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se encuentra establecida por los artículos 262 a 266 de la Constitución Nacional.

Está constituida por siete miembros, los que permanecen como integrantes de esta Sala por el término de dos años, con posibilidad de ser reelectos.

Son designados por la Sala Plena —órgano directivo del Tribunal Supremo de Justicia— de acuerdo a lo establecido por el artículo 3° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

La Sala Constitucional entiende en la **acción popular de constitucionalidad**, que podrá ser interpuesta por toda persona con plena capacidad jurídica cuyos derechos hayan sido afectados (artículo 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo).

Esta Sala también efectúa el **control preventivo en materia de tratados internacionales** (artículo 203 de la Constitución Nacional), el que procede a solicitud del Presidente o de la Asamblea Nacional. En materia de leyes orgánicas, el Presidente de la Asamblea o de la República debe remitirlas automáticamente a la Sala.

En cuanto al **control preventivo de leyes antes de su promulgación**, de acuerdo a lo establecido en el artículo 214 de la Constitución, la Sala Constitucional intervendrá en los casos en los que así lo solicite el Presidente de la República, en el lapso que tiene para promulgar las leyes.

En el caso de **decretos que declaren el Estado de Excepción** su revisión por parte de la Sala Constitucional procede a pedido del Presidente de la República, tal como lo estipula el artículo 339 de la Constitución Nacional.

La Sala Constitucional también lleva adelante el **control de constitucionalidad por omisión**, a pedido del Presidente de la República; del Defensor del Pueblo; o de los Presidentes de las Regiones Autónomas.

Esta Sala interviene también en la resolución de **controversias sobre atribuciones constitucionales**, las cuales pueden ser sometidas a su decisión por los órganos que ejercen del Poder Público (Órgano Público).

En el caso del **recurso de Interpretación constitucional**, cualquier persona pública o privada con interés legítimo puede llevar la cuestión a conocimiento de la Sala.

Con respecto al efecto de las sentencias en materia de control de constitucionalidad, cuando éste es efectuado por tribunales inferiores, el efecto alcanza solamente al caso particular (artículo 20 del Código de Procedi-

miento Civil, artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal y artículo 334 de su Constitución Nacional), mientras que cuando el control es efectuado por la Sala Constitucional, es *erga omnes*.

2.13 | Alemania

La Corte Constitucional Federal fue consagrada por la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 en su título IX denominado "El Poder Judicial" (artículos 92, 93, 94, 98, 99, 100 y 126). A su vez, y de acuerdo con lo preceptuado por dicha Ley Fundamental, la Ley de Organización de la Corte Constitucional Federal del 12 de marzo de 1951 completa la regulación de este órgano.

El artículo 92 de la Ley Fundamental atribuye el ejercicio del Poder Judicial a la Corte Constitucional Federal, los tribunales federales y los tribunales de los Länder.

Con respecto a su composición, tal como lo establece el artículo 94 de la Ley Fundamental y la Ley orgánica del tribunal, la Corte Constitucional se integra con dieciséis jueces, los cuales son elegidos por períodos de doce años, sin posibilidad de reelección.

Estos jueces son elegidos por el Parlamento Alemán, el cual se compone por dos cuerpos legislativos: el Bundestag, que representa al pueblo de Alemania, y el Bundesrat, que representa a los Estados federados. Cada uno de estos cuerpos elige ocho jueces.

En particular, la Corte conoce en todo lo referido al control concreto y abstracto de normas (artículo 93 [1] 1 y 100 de la Ley Fundamental); en caso de dudas sobre la compatibilidad de la normativa federal o de los Länder con la Ley Fundamental (artículo 93 [1] 2); en controversias entre el Estado federal y los Länder (artículo 93 [1] 2a, 3, 4); en los recursos de amparo interpuestos por toda persona que se crea lesionada en sus derechos por actos del poder público (artículo 93 [1] 4a); en el juicio político al Presidente de la República (artículo 61) y a los jueces (artículo 98 [2]); entre otros.⁽⁹⁾

(9) SCHOLZ, RUPERT, "Alemania: cincuenta años de Corte Constitucional Federal" [en línea], <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr5.pdf>, consultado el 07/08/2013.

El artículo 100 de la Ley Fundamental pone a cargo de la Corte Constitucional Federal el **control concreto de constitucionalidad de las leyes**, el cual procede a petición de los tribunales ordinarios de justicia que conocen de una cuestión en litigio. Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, suspenderá el proceso y remitirá la cuestión a la Corte Constitucional Federal. La petición siempre la realiza el propio tribunal y no las partes en pugna.

Con respecto al **control abstracto de constitucionalidad de las leyes**, éste puede ser ejercido a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Estado Federado, o de al menos un tercio de los miembros del Bundestag (órgano legislativo representativo del pueblo de Alemania).

Tanto en los casos de control de constitucionalidad concreto como en aquéllos de control abstracto de normas, la Corte Constitucional tiene la atribución de derogar dicha normativa si la considera inconstitucional.

La Corte Constitucional Federal también conoce en el **recurso de amparo constitucional**, el cual puede ser interpuesto por cualquier ciudadano (persona física o jurídica) que se vea lesionado en sus derechos constitucionales por acciones estatales, sea que se trate de un acto administrativo, una ley o una sentencia judicial. En caso de que la Corte considere al acto (normativo o de otro tipo) inconstitucional, tal declaración lo torna nulo.

2.14 | Austria

La Corte Constitucional de Austria fue consagrada por la Constitución Federal de Austria de 1920 en su Capítulo VI, y reglamentada por la Ley federal del Tribunal Constitucional de 1953.

Este tribunal se compone de catorce miembros titulares (de los cuales uno ocupa el cargo Presidente y otro el de Vicepresidente) y seis suplentes. En todos los casos se exige que se trate de juristas de destacada experiencia profesional. Los jueces permanecen en sus cargos hasta los setenta años, no pudiendo ser removidos excepto por decisión de la propia Corte Constitucional.

Los jueces son nombrados por el Presidente. Una parte de ellos a propuesta del Gobierno Federal (el Presidente, el Vicepresidente, seis miembros

titulares más y tres suplentes); y de los miembros restantes, tres titulares y dos sustitutos a propuesta del Consejo Nacional, y tres miembros titulares y uno suplente por el Consejo Federal.

Entre las competencias de la Corte Constitucional, se destaca el control de constitucionalidad de las leyes y su intervención en los recursos de amparo de derechos fundamentales interpuestos por ciudadanos. También interviene en la resolución de los conflictos de competencia suscitados entre: tribunales inferiores y autoridades administrativas, la Corte Administrativa y los demás tribunales, los Länder entre sí y con la Federación. Asimismo, tiene competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de tratados internacionales, sobre cuestiones electorales, y también en las acusaciones contra altas autoridades federales y de los Länder por incumplimiento de normas constitucionales. La Corte Constitucional también conoce de los recursos contra resoluciones de autoridades administrativas, cuando el recurrente alegue haber sido lesionado en un derecho constitucionalmente garantizado o en sus derechos personales por la aplicación de un decreto ilegal, de una ley inconstitucional o de un tratado internacional ilícito.

Como mencionamos anteriormente, la Corte tiene a su cargo el **control de constitucionalidad de las leyes**, el cual puede ser instado por: el Gobierno Federal; los Gobiernos de las entidades federativas; la Corte Suprema; o la Corte Suprema Administrativa. El Tribunal Constitucional se pronuncia, asimismo, sobre la presunta inconstitucionalidad de las leyes a petición de toda persona que alegue una lesión directa en sus derechos por tal inconstitucionalidad sin que se haya dictado sentencia judicial ni resolución administrativa alguna. La declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene efecto *erga omnes*, con la particularidad de que sus sentencias no declaran la nulidad de las leyes sino su anulación, lo que otorga a la Corte Constitucional la facultad de disponer los efectos de sus sentencias hacia el futuro, pudiendo permitir la continuidad de la aplicación de la norma durante un período transitorio, lo que resulta en beneficio de la seguridad jurídica.⁽¹⁰⁾

(10) ELÍAS MENDEZ, CRISTINA, "El modelo constitucional austríaco desde la perspectiva de su interacción con el derecho de la Unión Europea" [en línea], <http://www.ugr.es/~redce/RED-CE14/articulos/03CristinaElias.htm>, consultado el 14/08/2013.

En el caso del **recurso de amparo de derechos fundamentales**, el mismo puede ser interpuesto por cualquier persona afectada (debiendo haber recurrido y agotado previamente las instancias inferiores). La declaración de inconstitucionalidad del acto del cual se trate lo hace nulo, y la Corte puede condenar a la autoridad responsable a que restituya al afectado el goce de sus derechos fundamentales.

2.15 | Bélgica

La Corte Constitucional de Bélgica se encuentra consagrada en el artículo 142 de la Constitución belga, el cual fue reglamentado por la Ley Especial del 6 de enero de 1989 sobre la Corte Constitucional.

La Corte se compone de doce jueces, cuyos cargos en principio son vitalicios, pero con un límite de edad de setenta años. Seis jueces deben pertenecer al grupo lingüístico holandés, y los restantes al francés. Asimismo, dentro de cada grupo lingüístico, tres jueces deben haberse desempeñado previamente: o bien como Profesor Titular o Adjunto de Derecho en una universidad belga; o como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado; o como Secretario Legal en la Corte Constitucional; o como miembro del Parlamento con, al menos, cinco años de experiencia.

Los jueces son nombrados por el Rey de una lista de candidatos propuestos, alternativamente, por el Senado y por la Cámara de Representantes.

La Corte Constitucional tiene competencia exclusiva para velar por la observancia de la Constitución por parte de los órganos legislativos de Bélgica. Puede anular, declarar inconstitucional y suspender leyes, decretos y resoluciones que infrinjan el Título II de la Constitución (artículos 8° a 32 sobre los derechos y libertades de los ciudadanos), los artículos 170 y 172 del mismo cuerpo (referidos a la legalidad e igualdad de los impuestos), o el artículo 191 (relativo a la protección de ciudadanos extranjeros). También interviene en cuestiones referidas a la distribución de competencias entre el Estado Federal, las comunidades y las regiones.

Con respecto a la legitimación para llevar una cuestión ante la Corte Constitucional, debemos distinguir según se trate de un Recurso de Anulación o de Cuestiones Preliminares.

En el caso del **recurso de anulación por inconstitucionalidad de una norma**, éste puede ser interpuesto por: el Consejo de Ministros o Gobierno de una comunidad o región; cualquier persona, natural o jurídica, con un interés legítimo; los presidentes de las asambleas legislativas a pedido de dos tercios de sus miembros. En este caso, la Corte Constitucional puede anular, total o parcialmente, la norma cuestionada. Tal anulación tiene efecto retroactivo, lo que implica considerar a la norma anulada como si nunca hubiera existido. Dicho efecto puede ser moderado por la Corte, que tiene la facultad de mantener los efectos producidos anteriormente por la norma anulada.

En el caso de las **cuestiones preliminares sobre constitucionalidad de una norma en un caso concreto**, la solicitud debe ser sometida por el tribunal que esté entendiendo en el caso. Si la Corte Constitucional decide que la norma en cuestión es contraria a la Constitución, el juez inferior no podrá tenerla en cuenta para fallar; sin embargo, la norma no es expulsada del ordenamiento jurídico.

2.16 | España

El Tribunal Constitucional de España se encuentra regulado por la Constitución Española (Título IX —artículos 159 al 165— y Disposición transitoria novena) y por la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional (versión consolidada con las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000, 6/2007, 1/2010 y 8/2010).

Se compone de doce miembros, nombrados entre magistrados o fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos o abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. Se los designa por un período de nueve años, y se renuevan por tercios cada tres.

Son nombrados por el Rey mediante Real Decreto; cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro por el Senado con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno; y dos por el Consejo General del Poder Judicial.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 161 de la Constitución Nacional, el Tribunal Constitucional conoce de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley; de los recursos

de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de la Constitución; de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí. También resuelve las impugnaciones a disposiciones y resoluciones de las Comunidades Autónomas que sean presentadas por el Gobierno.

Para interponer el **recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley**, están legitimados: el Presidente del Gobierno; el Defensor del Pueblo; cincuenta Diputados o Senadores; los Gobiernos y Parlamentos autonómicos. En el caso de que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de la norma, su sentencia tiene efectos *erga omnes*.

Tal como expresamos en la introducción, vemos en el caso de España un claro acercamiento entre los modelos de control de constitucionalidad difuso y concentrado, particularmente por la actuación del Tribunal en el "recurso de amparo" y en la "cuestión de constitucionalidad", donde el Tribunal es llamado a pronunciarse sobre cuestiones de hecho, alejándose así de la idea originaria de Kelsen de un Tribunal Constitucional que sólo resuelva cuestiones abstractas de derecho.⁽¹¹⁾

En el caso del **recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de la Constitución Nacional**, éste puede ser interpuesto por toda persona natural jurídica que invoque un interés legítimo, así como por el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

A su vez, la **cuestión de constitucionalidad en un caso concreto**, debe ser promovida por los jueces y tribunales que entienden en el litigio del que se trate, de oficio o a instancia de parte. La sentencia pronunciada por la Corte Constitucional en este caso sólo tiene efectos *inter partes*.

2.17 | Francia

El Consejo Constitucional de la República Francesa está previsto en el Título VII de la Constitución Francesa (artículos 56 a 63), y regulado por el decreto legislativo 58-1067 del 7 de noviembre de 1958, por el que se aprueba la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional.

(11) DALLA VIA, ALBERTO R., *op. cit.*

Se compone de nueve miembros, cuyo mandato dura nueve años, sin posibilidad de reelección. No se requiere ninguna cualificación especial de edad o profesión. El Consejo se renueva por tercios cada tres años. Además de los nueve miembros mencionados, los ex-Presidentes de la República son miembros vitalicios de pleno derecho.

Los integrantes del Consejo son designados por el Presidente de la República y el presidente de cada una de las asambleas del Parlamento (Senado y Asamblea nacional).

El Consejo Constitucional ejerce un control constitucional *a priori* y obligatorio de leyes orgánicas, proyectos de ley sobre temáticas específicas antes de ser sometidos a referéndum, y de los reglamentos de las Cámaras parlamentarias. Asimismo, puede llevar adelante el control de constitucionalidad *a priori* de leyes antes de su promulgación, tratándose en este caso de un control facultativo. Puede intervenir en ocasión de un caso concreto en el que se alegue que una disposición legislativa perjudica los derechos y las libertades que garantiza la Constitución. Posee también competencia en materia de electoral, para velar por la regularidad en las elecciones de Presidente de la República, así como de diputados y senadores.

En el **control de constitucionalidad obligatorio *a priori***, las leyes orgánicas son transmitidas al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Primer Ministro; los reglamentos de la Asamblea Nacional y del Senado son transmitidos por el Presidente de la asamblea afectada antes de su entrada en vigor; las propuestas de ley, antes de que sean sometidas a referéndum.

En el caso del **control de constitucionalidad facultativo *a priori***, los acuerdos internacionales pueden ser sometidos al Consejo antes de su ratificación o aprobación, por el Presidente de la República, por el Primer ministro, por el presidente de una u otra Cámara, o por sesenta diputados o senadores; las leyes ordinarias, antes de su promulgación, pueden ser impugnadas por las mismas autoridades.

En los casos de control de constitucionalidad *a priori*, la disposición de que se trate no podrá promulgarse ni entrar en vigor.

En el control de constitucionalidad *a posteriori* con ocasión de un proceso en curso ante una jurisdicción administrativa o judicial ("**Cuestión prioritaria**").

ria de constitucionalidad”), la cuestión es remitida al Consejo Constitucional por el Consejo de Estado o el Tribunal de Casación (no puede recurrir directamente el propio justiciable). Cuando el Consejo Constitucional declara una disposición inconstitucional, ésta es derogada.

En cualquier caso, las decisiones de la Corte Constitucional se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales. La autoridad de cosa juzgada no se vincula únicamente al fallo, sino también a los motivos que son su sustento necesario.

2.18 | Italia

La Corte Constitucional se encuentra regulada en la Constitución Nacional de la República Italiana, fundamentalmente en los artículos 134 a 137, aunque también se la menciona en los artículos 123 y 127. Su regulación se completa en una serie de leyes constitucionales (09/02/1948 n. 1, 11/03/1953 n. 1 y n. 87, 25/01/1962 n. 20, 22/11/1967 n. 2, 25/05/1970 n. 352) y en el Reglamento General de la Corte Constitucional del 20 de enero de 1966.

La Corte se compone de quince miembros, los cuales son elegidos entre jueces de las jurisdicciones superiores ordinarias y administrativas, profesores de Derecho en universidades, y abogados con al menos veinte años de ejercicio profesional. Su mandato dura nueve años, sin posibilidad de reelección.

De la totalidad de los miembros que componen la Corte, un tercio es nombrado por el Presidente de la República, otro tercio por el Parlamento en sesión conjunta, y el tercio restante por las supremas magistraturas en los fueros ordinario y administrativo.

El artículo 134 de la Constitución enumera entre sus competencias: el control de constitucionalidad de las leyes y otros actos con fuerza de ley, tanto del Estado como de las Regiones; la intervención en conflictos de competencia entre el Estado y las Regiones, así como entre éstas; también resuelve sobre las acusaciones interpuestas contra el Presidente de la República que refieran al incumplimiento de normas constitucionales.

En el caso de que una Región considere que una ley o acto con fuerza de ley de la República invade potestades que le fueran asignadas a la prime-

ra por la Constitución, podrá plantear la cuestión ante la Corte. También puede recurrir a la Corte Constitucional una Región que considere que una ley o acto con fuerza de ley de otra Región ha invadido sus potestades constitucionales. Por último, puede recurrir por los mismos motivos el Estado alegando la inconstitucionalidad de una norma regional.

Cuando la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley o acto con fuerza de la ley, la norma se expulsa del sistema.

En el control de constitucionalidad por vía indirecta, la cuestión de constitucionalidad es introducida por el juez ordinario, de oficio o a petición de parte, previo control de admisibilidad por parte de dicho juez.

2.19 | Polonia

El Tribunal Constitucional está especialmente regulado en los artículos 188 a 197 de la Constitución Nacional, aunque también se la menciona a lo largo del texto constitucional en otros artículos (79, 122, 131, 133, 144, 186, 224, 239 y 241). Asimismo, se reglamenta en la Ley del Tribunal Constitucional, del 1 de agosto de 1997.

Se compone de quince miembros, a los que se exige tener un conocimiento en leyes (artículo 194.1 de la Constitución Nacional) y las cualidades propias para poder ser juez de la Suprema Corte o del Tribunal Administrativo Supremo (Ley del Tribunal Constitucional). Son designados individualmente por el Parlamento, por un período de nueve años, sin posibilidad de reelección.

El artículo 188 de la Constitución polaca enumera entre sus competencias las siguientes: control de constitucionalidad de leyes y tratados internacionales; control de conformidad de una ley con tratados internacionales ratificados; control de la conformidad de normas emitidas por órganos del Estado con la Constitución, los tratados internacionales ratificados y las leyes; control de constitucionalidad de los objetivos y actividades de partidos políticos; recurso por violación de derechos y libertades reconocidos por la Constitución.

Existe un **control de constitucionalidad preventivo** que puede ser activado por el Presidente de la República para verificar la conformidad de las leyes a la Constitución (artículos 122.3 y 133 de la Constitución Nacional).

Con respecto al **control abstracto posterior**, y tal como lo establece el artículo 191 de la Constitución Nacional, tienen legitimación para instarlo:

1. el Presidente de la República, el Presidente del Parlamento, el Mariscal del Senado, el Primer Ministro, 50 Diputados, 30 Senadores, el Primer Presidente de la Corte Suprema, el Presidente del Tribunal Administrativo Supremo, el Fiscal Público General, el Presidente de la Cámara Suprema de Control y el Comisionado de Derechos de los Ciudadanos;
2. el Consejo Nacional de la Judicatura, con respecto a la constitucionalidad de actos normativos en cuanto se relacionen con la independencia de jueces y tribunales (artículo 186, párr. 2 de la Constitución);
3. los órganos constitutivos de las unidades de gobierno local (en cuestiones relacionadas con su ámbito de competencia);
4. los órganos nacionales de los sindicatos, así como las autoridades nacionales de las organizaciones de empleadores y las organizaciones profesionales (en cuestiones relacionadas con sus actividades);
5. las iglesias y las organizaciones religiosas (cuando la normativa cuestionada se relacione con temas de su competencia).

Con respecto al **control de constitucionalidad en un caso concreto**, cualquier tribunal podrá plantear una cuestión de derecho ante el Tribunal Constitucional sobre la conformidad de un acto normativo con la Constitución, acuerdos o estatutos internacionales.

En el caso del **recurso por violación de derechos y libertades reconocidos por la Constitución**, tiene legitimación para interponerlo cualquier persona que se vea afectada en sus derechos y libertades reconocidos constitucionalmente, por un acto normativo emanado de la Administración Pública.

2.20 | Portugal

El Tribunal Constitucional está previsto en el Título VI de la Constitución Nacional (artículos 221 a 224). A su vez, el tribunal es regulado por la Ley 28/82 de Organización, Funcionamiento y Procedimiento del Tribunal Constitucional, del 15 de noviembre de 1982.

Se compone de trece miembros, designados por un período de nueve años no renovables.

De los trece jueces, diez son designados por la Asamblea de la República, y los tres restantes son nombrados por los mismos jueces. A su vez, dentro de aquéllos designados por la Asamblea, seis deben ser jueces de otros tribunales, y los restantes deben ser juristas.

El artículo 223 de la Constitución Nacional establece como competencia primordial del Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad y legalidad de las normas. También se encarga de verificar la incapacidad física o muerte del Presidente de la República, así como aquellos casos en que se vea privado de ejercitar sus funciones; constituye la última instancia con respecto a la validez y legalidad de actos electorales; verifica el cumplimiento de la Constitución y las leyes en la formación de partidos políticos y coaliciones; realiza el control previo de constitucionalidad y legalidad de referéndum nacionales, regionales y locales; entre otras competencias.

Portugal posee un sistema mixto de control de constitucionalidad, combinando el control difuso ejercido por tribunales inferiores, y el control concentrado llevado a cabo por el Tribunal Constitucional.

El control de constitucionalidad difuso es efectuado por jueces inferiores a petición de las partes en el proceso, y el efecto de sus sentencias alcanza solamente al caso particular.

En el caso del control concentrado efectuado por el Tribunal Constitucional, la legitimación para instar dicho control difiere según se trate del control de constitucionalidad preventivo o posterior y, en éste último caso, si es abstracto o en un caso concreto.

En el caso del **control preventivo** de normas (decretos o leyes antes de su promulgación, y tratados antes de su ratificación), éste puede ser requerido por el Presidente de la República (artículo 278.1 Constitución); por los Representantes de la República para las regiones autónomas (artículo 278.2); por el Primer Ministro; o por un quinto de los miembros de la Asamblea de la República (artículo 278.4). En caso de que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, el Presidente de la República o Representante de la República, deberá vetar el acto legislativo y devolverlo a origen. El órgano legislativo podrá reformular el texto impugnado, o confirmarlo por una mayoría agravada de dos tercios del total de sus miembros.

En lo que refiere al **control posterior abstracto**, éste puede ser solicitado por: el Presidente de la República; el presidente de la Asamblea de la República; el Primer Ministro; el *Ombudsman*; el Fiscal General del Estado; una décima parte de los diputados de la Asamblea de la República; las Asambleas regionales o los presidentes de los gobiernos regionales de las regiones autónomas, cuando el fundamento sea la violación de los derechos de esas regiones (artículo 281 de la Constitución Nacional). En este tipo de control, las sentencias del Tribunal Constitucional tienen efectos *erga omnes*.

En cuanto al **control concreto por apelación**, debe ser interpuesto por las partes del proceso del que se trate. Las sentencias del Tribunal Constitucional en este caso tienen efectos sólo para el caso particular. Pero si se declara inconstitucional una misma norma en tres casos diferentes, se abre la posibilidad, a iniciativa de cualquier magistrado o del Ministerio Público, de apreciarla en proceso “abstracto” cuya sentencia tendrá eficacia general.

Finalmente, existe el **control de inconstitucionalidad por omisión**, el cual es efectuado por el Tribunal Constitucional a solicitud del Presidente de la República; del Defensor del Pueblo; o, sobre la base de los derechos de las regiones autónomas, de los presidentes de las Asambleas Legislativas regionales.

2.2I | República Checa

La Corte Constitucional se halla prevista en la Constitución de la República Checa del 16 de diciembre de 1992 (N° 1/1993) y modificatorias, en sus artículos 83 a 89.

Se compone de quince miembros, nombrados por un período de diez años. Se requiere cumplir con los requisitos necesarios para ser senador, poseer educación universitaria en leyes, y haber ejercido la profesión legal por al menos 10 años.

Los jueces son designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado (artículo 84.2 Constitución Nacional).

El artículo 87 de la Constitución enumera, entre las competencias de la Corte Constitucional, las siguientes: efectúa el control de constitucionalidad de

normas pudiendo anular aquéllas que sean inconstitucionales; interviene en los recursos por inconstitucionalidad presentados por cuerpos representativos de regiones autónomas contra intrusiones por parte del Estado Nacional; entiende en los recursos contra decisiones definitivas u otros actos de autoridades públicas que infrinjan derechos fundamentales y libertades básicas garantizados en la Constitución, así como en acciones relativas a la certificación de la elección de un diputado o senador y en acusaciones efectuadas por el Senado contra el Presidente de la República por grave violación de la Constitución; determina si la decisión de disolución de un partido político es conforme con la Constitución y las leyes; resuelve conflictos de competencia entre órganos nacionales y las regiones autónomas; efectúa el control de constitucionalidad de tratados antes de su ratificación; entre otras.

La Corte Constitucional efectúa también el **control preventivo de constitucionalidad de un tratado** antes de su ratificación. Este control puede ser instado por: una de las Cámaras del Parlamento; un grupo de, al menos, cuarenta y un diputados o diecisiete senadores; o por el Presidente de la República. En caso de que la Corte decida en contra de la constitucionalidad del tratado, éste no podrá ser ratificado hasta tanto se adecúe a la Constitución.

En el caso del **recurso de inconstitucionalidad de leyes**, éste puede ser interpuesto por el Presidente de la República; por un grupo de, al menos, cuarenta y un diputados o diecisiete senadores; por cualquiera que presente un recurso contra decisiones definitivas u otros actos de autoridades públicas que infrinjan derechos fundamentales y libertades básicas garantizados en la Constitución; por un "Panel" del Tribunal en conexión con un recurso de amparo que esté siendo tratado; por el Gobierno, si se trata de una norma emanada de autoridad pública contraria a lo establecido en un tratado internacional ratificado por la República Checa, especialmente cuando afecte derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, siempre que tal incumplimiento haya sido declarado por un tribunal internacional.

A su vez, el **recurso de inconstitucionalidad de normas inferiores** puede ser presentado por el Gobierno; por un grupo de al menos veinticinco diputados o diez senadores; por cualquiera que presente un recurso contra decisiones definitivas u otros actos de autoridades públicas que infrinjan derechos fundamentales y libertades básicas garantizados en la Constitución; por un "Panel" del Tribunal en conexión con un recurso de amparo

que esté siendo tratado; por el órgano representativo de una Región; por el *Ombudsman*; o por el Ministerio del Interior cuando se trate de la anulación de un acto regional o de la ciudad de Praga (artículos 64, 2 de la Ley Orgánica).

En ambos casos, si la Corte decide que la norma en cuestión es inconstitucional, la misma es anulada. Los efectos de sus sentencias son *erga omnes*.

Por último, nos interesa destacar que el **recurso por violación de derechos y libertades reconocidos por la Constitución** puede ser interpuesto por cualquier persona, física o jurídica, que considere que sus derechos fundamentales han sido lesionados por actos de autoridad pública.

3 | Palabras finales

Tal como anticipamos en la introducción de este trabajo, y como surge del análisis de derecho comparado realizado, asistimos a un acercamiento entre los modelos de control de constitucionalidad concentrado y difuso, de forma tal que ya no es posible hablar de modelos “puros”.

Entre las ventajas del modelo concentrado en un Tribunal Constitucional, podemos citar el alivio en la carga de trabajo de los tribunales supremos agilizando de esta manera su función, así como la especialidad en la materia de los jueces integrantes de los tribunales constitucionales. En cuanto a las desventajas de adoptar un Tribunal Constitucional, podemos mencionar la tensión que podría generarse con los tribunales supremos al superponerse sus funciones, originando de esta forma potenciales conflictos entre ambas instituciones. Esta situación se da especialmente en el caso de órganos creados dentro del Poder Judicial, tal como ocurre con los tribunales constitucionales de Bolivia y Colombia.

Sin embargo, y tal como sostiene el doctrinario chileno Humberto Nogueira Alcalá, se deben flexibilizar las categorías rígidas actualmente imperantes y comprender que el hecho de tener sistemas difusos o concentrados no resulta incompatible con la existencia de un Tribunal Constitucional.⁽¹²⁾

(12) NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, en “Seminario sobre perspectivas sobre un Tribunal o Sala Constitucional en Argentina. Ventajas y desventajas”, Facultad de Derecho (UBA), dictado el 05/09/2006.

Mientras en el ámbito europeo vemos un claro predominio del modelo de control concentrado en tribunales constitucionales, en Latinoamérica encontramos sistemas diversos.

A semejanza de lo que ocurre en el sistema continental europeo, numerosos países latinoamericanos han optado por concentrar el control de constitucionalidad en tribunales constitucionales, tal es el caso de: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Perú. A su vez, en otros Estados latinoamericanos encontramos un sistema mixto, combinando el control concentrado en una Corte Constitucional (tal es el caso de República Dominicana) o en el Tribunal Supremo (Brasil), y un control difuso efectuado por los jueces de instancias inferiores. Finalmente, encontramos varios ejemplos en los que el control de constitucionalidad es llevado a cabo por una Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema, tal es el caso de Costa Rica, Paraguay y Venezuela.

Con respecto a la integración de los tribunales o salas constitucionales, la cantidad de sus miembros titulares varía entre tres integrantes (Sala Constitucional de Paraguay) y dieciséis jueces (Corte Constitucional Federal de Alemania). Cabe destacar el especial caso de la Corte Constitucional de Francia, la cual está integrada, además de por nueve miembros titulares, por los ex-Presidentes de la República, quienes son miembros vitalicios de pleno derecho.

En cuanto a los requisitos exigidos para integrar un Tribunal Constitucional, en la amplia mayoría de los casos estudiados se exige que se trate de juristas de reconocida experiencia. Una vez más, la Corte Constitucional francesa se distingue del resto al no exigir ningún tipo de cualificación especial para integrarla. Con respecto al plazo estipulado para ser miembro, éste suele ser menor en el caso de las salas constitucionales (un año en Paraguay, dos años en Venezuela y ocho años en Costa Rica), mientras que en el caso de los tribunales constitucionales la duración del cargo oscila entre los cinco (Guatemala) y los quince años (México). Llamen la atención los casos de Brasil, Austria y Bélgica, en donde los cargos son vitalicios —en los dos últimos casos con un límite de edad de 75 y 70 años, respectivamente—.

Prosiguiendo con nuestro análisis, en lo que refiere a la forma de elección de los miembros de los tribunales constitucionales, encontramos diversos

casos. La gran mayoría de países cuenta con una forma de elección indirecta a través de los órganos políticos, generalmente con algún tipo de concurso previo (Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Alemania, Austria, España, Francia, entre otros). Se distingue el caso de la República Dominicana, en el que los miembros son electos directamente por el Consejo de la Magistratura. Por otra parte, cabe resaltar el caso de Bolivia, que a partir de la última reforma judicial, optó por la elección directa de los miembros a través del voto popular de los ciudadanos, previa lista previa de candidatos determinada por la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Con respecto al tipo de control efectuado por los tribunales y salas constitucionales, si bien es característico de estas instituciones el control de constitucionalidad *a posteriori*, muchos también llevan a cabo un control previo de constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación y de los tratados antes de su ratificación. Entre aquellos tribunales latinoamericanos que llevan a cabo un control de constitucionalidad *a priori*, podemos mencionar los casos de: Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana y Venezuela; en el ámbito europeo, podemos destacar el control previo llevado a cabo por los tribunales constitucionales de Francia, Polonia, Portugal y República Checa.

Finalmente, y para concluir con este análisis, observamos que si bien todos los tribunales constitucionales estudiados efectúan un control de constitucionalidad de normas abstracto, gran parte de ellos también intervienen en casos concretos, ya sea en forma directa o indirecta a través de la apelación; tal es el caso de: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia y Portugal.

Confiamos en que el presente trabajo resulte de utilidad para el estudio de los diferentes modelos de control de constitucionalidad existentes y de la interacción entre ellos. Esperamos, asimismo, que el análisis efectuado contribuya a enriquecer el debate sobre la conveniencia de la adopción de un Tribunal Constitucional en aquellos Estados que carecen de tal institución.

Autonomía y tareas internacionales en la política exterior sudamericana de mediados del siglo XIX

Perspectiva comparada

por **SEBASTIÁN NEGRI**⁽¹⁾

I | Introducción

El presente artículo no es un trabajo estrictamente jurídico, aunque se base en normas legales. Más bien es un estudio de economía política comparada. En particular, de los intentos por parte de las recién formadas repúblicas sudamericanas de mediados del siglo XIX, por insertarse a través de tratados y leyes en el comercio internacional, además de adaptarse política y económicamente a la balcanización post-independencia.

Por cierto, el tema no es actual, y es fácil constatar que el período histórico seleccionado no despierta un profundo interés en la doctrina. Quienes alguna vez han dedicado atención a estos aspectos de nuestra historia económica, entre historiadores y especialistas en relaciones internacionales,

.....
(1) Abogado por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Doctorando en Ciencias Sociales (FLACSO). Docente (UNLP).

entendieron mayoritariamente que durante todo el siglo XIX, las antiguas colonias sudamericanas renovaron en forma unánime el pacto colonial con Gran Bretaña, en reemplazo de España. No había otras opciones de inserción internacional para países carentes de capital, población y con gobiernos surgidos de sangrientas guerras civiles.

No obstante, del análisis de más de trescientos acuerdos comerciales, leyes y decretos, suscriptos entre 1825 y 1870, es posible advertir matices y variantes en esa sujeción a intereses foráneos. Al punto que se logra identificar la inexistencia de una actitud pasiva frente a objetivos de apertura comercial o proteccionismo que proponían países como Francia, el Reino Unido o Brasil. Como ejemplo de esta comprobación, vale mencionar dos mecanismos para diluir los compromisos asumidos con estas potencias.

El primero era la introducción en los tratados firmados entre los países sudamericanos de cláusulas que establecían un **trato nacional**, beneficio que no se hacía extensivo a otras naciones. El segundo fue la multilateralización de las concesiones que habían sido arrancadas por la fuerza o intimidación, para evitar quedar a merced de una sola potencia y en todo caso fomentar la competencia entre los poderosos.

Acaso este pequeño fragmento de historia económica en clave legal puede despertar el interés de los lectores, en la medida en que se lo vea como un capítulo más de las negociaciones asimétricas que nuestros países debieron soportar por doscientos años.

2 | Independencia y libre comercio

Entre otras cuestiones, el Congreso de Viena de 1815 representó una alianza entre las potencias vencedoras en la guerra contra Napoleón, para restaurar en sus tronos a las monarquías que la Revolución Francesa había depuesto. A partir de ese momento, los Borbones de España recuperaron la ofensiva para controlar sus colonias americanas, para lo cual pidieron colaboración a sus socios de la Santa Alianza, en términos de barcos y suministros.

Pero en lugar de apoyo para la reconquista, el secretario del *Foreign Office* británico, George Canning, le ofreció a Madrid una “mediación” para obte-

ner una indemnización de sus ex súbditos, y así ayudar a la quebrada economía peninsular.⁽²⁾ A criterio británico, los cambios ocurridos entre 1810 y 1815 eran irreversibles.⁽³⁾ Los intereses comerciales habían encontrado en América Latina gobiernos que permitían con gusto el tráfico mercantil entre materias primas y productos elaborados, a cambio de recursos aduaneros estables y la garantía de la irrevocabilidad de los cambios económicos, sustentada en el dominio británico de los mares.⁽⁴⁾

De allí el rechazo británico a favorecer la reconquista de España. En definitiva, sin el Reino Unido o más aún, con el Reino Unido en contra,⁽⁵⁾ la Santa Alianza se mostró incapaz de concertar una estrategia común. Entretanto, ya en 1821 Portugal había reconocido la independencia de las Provincias Unidas del Río de la Plata, y lo mismo había hecho Estados Unidos en marzo de 1822. Ciertamente existía el peligro de que otras naciones tomaran la delantera en el intercambio con los nuevos gobiernos autónomos, por lo cual intereses comerciales de Londres y Liverpool presionaron para lograr el reconocimiento, al igual que los comerciantes afincados en el Río de la Plata. A fines de 1823, y con las noticias de las derrotas definitivas de los ejércitos españoles, el gabinete de Londres decidió reconocer a Buenos Aires,⁽⁶⁾ México y Colombia.⁽⁷⁾ El acto formal se instrumentaría mediante Tratados de Amistad, Comercio y Navegación.

Es correcto decir entonces que el reconocimiento de la independencia argentina por parte de la primera potencia mundial estuvo estrechamente vinculado con la libertad de comercio.⁽⁸⁾ El Ministro británico informaría

(2) FERNS, HENRY STANLEY, *Gran Bretaña y Argentina en el siglo XIX*, Buenos Aires, Ediciones Solar, 1966, p. 106.

(3) GUERRA, FRANCOIS-XAVIER, *Modernidad e Independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, México, Editorial Mapfre, Fondo de la Cultura Económica, 1993, cap. 1, p. 31.

(4) HOBBSBAWM, ERIC, *La era del Capital*, 2da. ed., Bs. As., Grupo Editorial Planeta, 2001, p. 96.

(5) FERNS, HENRY STANLEY, *op. cit.*, p. 105.

(6) En adelante, se unificará en la denominación Argentina, los distintos nombres como Provincias Unidas del Río de la Plata, Confederación Argentina y República Argentina.

(7) FERNS, HENRY STANLEY, *op. cit.*, pp. 116/118.

(8) WEBSTER, C. K. (comp.), *Gran Bretaña y la Independencia de la América Latina. 1812-1830*, Documentos escogidos de los archivos del *Foreign Office*, T. II, Bs. As., Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1944, p. 575; VARGAS GARCÍA, EUGENIO, "¿Imperio informal? La política británica

en enero de 1825 al gabinete francés del paso dado, con las siguientes palabras:

“...estando bien enterado del progreso efectuado por los Estados sudamericanos en la consolidación y estabilidad de sus respectivos gobiernos, y también con el aumento proporcional de nuestras transacciones comerciales con esos países, no se sorprendería al saber que, a fin de colocar sobre una base segura el comercio entre Gran Bretaña y América, Su Majestad había resuelto tomar medidas inmediatas para la conclusión de tratados comerciales con algunos de esos Estados cuya independencia había sido establecida de facto...”.⁽⁹⁾

En 1825 se firmaron los acuerdos con Argentina, Colombia y México. Para los gobiernos americanos, los tratados representaron el reconocimiento de la independencia y la protección del gobierno británico frente a otros países que pudieran intentar sujetarlas bajo su dominio. Pero también la adscripción a las tendencias económicas liberales que proponía Londres.⁽¹⁰⁾ En cuanto a los británicos, los acuerdos les brindaban seguridades para el tráfico comercial, aseguraban el respeto al culto protestante, y obtenían la Cláusula de Nación Más Favorecida (CNMF), por la cual debía extenderseles cualquier concesión hecha a terceros países.

Una diferencia de fondo del acuerdo mexicano, se encontraba en los párrafos que regulaban el acceso a los puertos habilitados. Allí se excluía de lo acordado lo concerniente al tráfico de cabotaje, y a los buques de guerra en los puertos donde tampoco podían acceder los de los demás países. En la misma línea, el art. 5 del tratado anglo-argentino se separaba de la idéntica redacción que tenían los otros dos. Cuando decía que no se iban a imponer derechos o cargas a los buques británicos, que no fueran los mismos que se aplicaran a los buques argentinos, siempre y cuando se tratara de embarcaciones de más de 120 toneladas. Esto podía ser inter-

.....
hacia América Latina en el siglo XIX”, en *Foro Internacional*, n° 2, año/vol. XLVI, Distrito Federal, México, El colegio de México, abril-junio, 2006, p. 363.

(9) WEBSTER, C. K. (comp.), *op. cit.*, p. 215.

(10) FERNS, HENRY STANLEY, *op. cit.*, pp. 121/123.

pretado como favorable al establecimiento de discriminaciones relativas al mantenimiento del cabotaje nacional.

La clave está en la cláusula séptima de los tres tratados. Allí se determinaba que sólo serían considerados buques mexicanos, argentinos o colombianos, respectivamente, los que hubieran sido construidos en esos países, cuyo capitán y tres cuartas partes de su tripulación fuera de ese origen. En el caso mexicano, se agregaba a los buques que fueran apresados y reconocidos como buena presa. Esta disposición perjudicaba notoriamente el aprovechamiento de las supuestas ventajas que podían desprenderse del Tratado, en la medida de que la gran mayoría de los buques que comerciaban, al menos en el Río de la Plata, no habían sido fabricados en el país y su tripulación era extranjera. Directamente puede decirse que esta cláusula anulaba los beneficios potenciales en materia comercial. Ponía además en evidencia la debilidad de los americanos para resistirse, y la fortaleza británica para imponerlo a tres países diferentes.

El caso es que la suscripción de los acuerdos de 1825, casi idénticos y simultáneos, pese a los miles de kilómetros de distancia, hablan de la eficacia de los diplomáticos británicos en conseguir sus objetivos. Figari⁽¹¹⁾ caracteriza a estos acuerdos como una expresión de la división internacional del trabajo. Nuestros países se comprometían a tener paz regional, una política exterior centralizada y un orden interno. Todo esto se incluía bajo la idea de no entorpecer el desarrollo comercial de los intereses británicos en América Latina.

3 | Colombia y la Patria Grande

Aun en aquella década del '20, cuando todavía no estaban fríos los últimos cañones de Ayacucho, y frente a la lucha interna que comenzaba entre las distintas élites criollas que disputaban los gobiernos, hubo un país que hizo algo distinto. Si bien firmó los acuerdos de 1825 que nos ponían bajo un virtual protectorado británico, se dio una tarea significativa a nivel sudamericano. Se trató de Colombia entre 1822 y 1829, bajo el mandato de Simón Bolívar.

(11) FIGARI, GUILLERMO, *Pasado, presente y futuro de la política exterior argentina*, Bs. As., Biblos, 1993, p. 100.

Durante esa década del '20, la incipiente política exterior del gobierno colombiano, al mando de Simón Bolívar, procuró fortalecer los vínculos entre las repúblicas en formación que nacían con la independencia. Para ello utilizó la fórmula de **"trato nacional"** que se incorporaba a todos los acuerdos comerciales y de navegación, con el objetivo de mantener la idea de comunidad y mercado único en Sudamérica. Como puede observarse en el cuadro presentado a continuación, existieron en los acuerdos de Colombia de esa década distintas variantes en los regímenes de navegación adoptados, de acuerdo a si se trataba de naciones europeas o americanas. Para estas últimas, las concesiones eran mayores y representaban privilegios que no se extendían al resto, en clara discriminación de los intereses de las potencias extracontinentales.

En los casos de los tratados con México y Buenos Aires, alejados del escenario geopolítico colombiano, directamente no se consideró la navegación fluvial entre sus artículos, mientras que se acordó el **trato nacional** para Perú (1822), Chile (1822) y Centroamérica (1825). Naturalmente, no se mencionaba a Ecuador y Venezuela, o Panamá, porque ya formaban parte del Estado colombiano. También existía una diferencia entre los Estados Unidos y Europa, pues se concedía a los norteamericanos la Cláusula de Nación Más Favorecida.

En definitiva, cabe resaltar el alto margen de maniobra demostrado por Colombia en su política exterior de esos años, al punto de fijar el régimen de navegación que en cada caso le convenía a su activa acción internacional, discriminando entre unos y otros. Pese a no haberse extendido en el tiempo más allá de la década de 1820, como en el caso chileno que prácticamente en 40 años mantuvo en sus tratados la CNMF con todas las naciones, fue mayor su compromiso por poner en vigencia un régimen de navegación diferenciado para los países de la región y los que no lo eran.

TABLA 1.

Tipo de Tratado firmado por Colombia	Año	País firmante	Régimen de navegación
Tratado Unión, Liga y Confederación (alianza)	1822	Perú	Libre entrada y salida en los puertos como los nacionales
Tratado Unión, Liga y Confederación (alianza)	1822	Chile	Libre entrada y salida en los puertos como los nacionales

Tipo de Tratado firmado por Colombia	Año	País firmante	Régimen de navegación
Tratado de Amistad y Alianza (alianza)	1823	Buenos Aires	No menciona
Tratado de Amistad, Unión, Liga y Confederación (alianza)	1823	México	No menciona
Tratado de Paz, Amistad, Comercio y Navegación	1824	Estados Unidos	Libre acceso a las costas y privilegios de la Nación Más Favorecida
Tratado de Unión, Liga y Confederación (alianza)	1825	Prov. Unidas de Centro América	Libre entrada y salida en los puertos como los nacionales
Tratado de Amistad, Comercio y Navegación	1825	Gran Bretaña	Libre navegación en los ríos y puertos permitidos al extranjero
Tratado de Amistad, Navegación y Comercio	1829	Países Bajos	Libre navegación en los ríos y puertos permitidos al extranjero
Tratado de paz	1829	Perú	Libre navegación en los ríos fronterizos como nacionales

Fuente: *Colección de Tratados Públicos, Convenciones y Declaraciones diplomáticas de los Estados Unidos de Colombia*, Imprenta Echeverría hermanos, Bogotá, 1866. Elaboración propia.

Ahora bien, esa coherencia en la aplicación del régimen de navegación formulada por Bolívar, no se extendió más allá de su muerte. En los años posteriores a 1830 y hasta 1866, los sucesivos gobiernos colombianos suscribieron 23 tratados, de los cuales 12 incluyeron cláusulas de navegación. El **trato nacional** sólo volvió a registrarse hacia países sudamericanos en los acuerdos con Ecuador de 1832, y Perú de 1858.

Llama en todo caso la atención que en 1846, en el Tratado de Paz, Amistad, Comercio y Navegación firmado entre Colombia y Estados Unidos, se concediera la **libre navegación en las costas a ciudadanos de ambas partes, como si fuesen naturales de la otra**. Esto significaba que Colombia daba **trato nacional** a los buques norteamericanos, mientras que por esos años a venezolanos y ecuatorianos, dos países fronterizos con Colombia y que pocos años antes se habían escindido de su tronco, se los sometía al régimen general dispuesto para los extranjeros, como si fuese Dinamarca.

De todas maneras, Colombia no fue el único caso en el cual se rompió la lógica de otorgar **trato nacional** a los países de la región. Venezuela hizo lo propio cuando todavía asomaba a la vida independiente en 1836, y otorgó **trato nacional**, salvo para el cabotaje, a Estados Unidos. Y reiteró la misma cláusula en 1860, en la Convención de Amistad, Comercio y Navegación firmada con ese mismo país.

4 | Los acuerdos desiguales y el imperialismo de Francia y el Reino Unido

El ya comentado Congreso de Viena de 1815 inició también un período de paz relativa entre las potencias europeas, que fue correspondido por un enorme crecimiento económico. La civilización industrial europea y sus intereses se expandieron en todo el mundo frente a culturas en declive, o pueblos primitivos, a partir de guerras abiertas,⁽¹²⁾ bloqueos navales y la diplomacia de los cañones.

Dice Hobsbawm,⁽¹³⁾ por ejemplo, que las exigencias de la lucha contra la trata de esclavos satisfacían la opinión humanitaria, pero también beneficiaban a los intereses estratégicos de la flota británica, que se estableció en puntos neurálgicos a lo largo de la costa africana, y de otras partes del mundo. Hay que decir que también hubo otros argumentos. En la larga lista de ocupaciones territoriales, protectorados, colonias y áreas de influencia, figuran Ceilán (1815), Singapur (1819), Hong Kong (1842), Nueva Zelanda (1840), Labuan en Malasia (1842), India (1858) y en el extremo meridional de África, los territorios de Natal (1843) y Kaffraria (1847), entre otras.⁽¹⁴⁾ A esta larga lista, conviene agregar nuestras Malvinas (1833).

Algo similar ocurriría con Francia, que tanto en el gobierno de Luis Felipe I (1830-1848) como en el de Napoleón III (1848-1870), realizaría ocupaciones

(12) POLANYI, KARL, *La Gran Transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, Madrid, Ediciones La Piqueta, 1989, p. 29.

(13) HOBBSAWM, ERIC, *op. cit.*, p. 114.

(14) VARGAS GARCÍA, *op. cit.*, p. 369.

territoriales⁽¹⁵⁾ en Tahití (1842), Argelia (1847), Senegal (1850), Saigón y sus alrededores (1859), Camboya (1863) y la Cochinchina (1867).⁽¹⁶⁾ A pesar de estas acciones colonialistas, continúa diciendo Hobsbawm,⁽¹⁷⁾ los británicos pensaban que un mundo abierto al comercio y protegido por la escuadra británica contra cualquier intento de intrusión, era más barato que establecer enclaves, en los cuales había que cubrir los gastos administrativos de la ocupación, con la excepción de la India. El gobierno de Londres había aprendido que la pérdida de grandes colonias, como los Estados Unidos, podía no representar una calamidad, si se mantenía un flujo comercial beneficioso.

Ahora bien, entre la década de 1840 y 1850, China fue presionada para firmar con Francia, el Reino Unido y Estados Unidos una serie de acuerdos que forzaron su apertura comercial.⁽¹⁸⁾ Entre otras cosas, acordaban concesiones que no eran recíprocas, junto a compensaciones de guerra, entrega de territorios y áreas de influencia política y comercial para los países europeos. De allí su denominación habitual como “Tratados Desiguales”. A su consideración, vamos a agregar el único caso de tratado con cláusulas desiguales realizado en Latinoamérica por parte del Reino Unido.

Como marco histórico, puede decirse que los países europeos mencionados habían entrado a mediados del siglo XIX en un período de rápida industrialización, y sus demandas de materias primas y mercados para productos terminados eran virtualmente ilimitadas. Por eso, a los países que se resistían a entrar en relaciones comerciales se los obligaba mediante flotillas y navíos.⁽¹⁹⁾

(15) El único caso americano de este tipo lo constituyó la experiencia iniciada México en 1861, por la cual se colocó en el trono imperial a Maximiliano de Austria, hasta que Benito Juárez lo capturó y fusiló en 1867.

(16) COMELLAS, JOSÉ LUIS, *Los Grandes Imperios Coloniales*, Madrid, España, Ediciones Rialp, Gráficas Rogar, 2001, p. 183.

(17) HOBBSAWM, ERIC, *op. cit.*, p. 114.

(18) FRANKE, HERBERT y TRAUZZETTEL, ROLF, *El Imperio Chino*, 3ª ed., Madrid, Siglo Veintiuno, 1980, p. 305.

(19) HOBBSAWM, ERIC, *Industria e Imperio*, trad. de Gonzalo Pontón, 2ª ed., España, Penguin Books Ltd., 1982, p. 183.

El primer tratado desigual a analizar tuvo lugar al finalizar la Primera Guerra del Opio, que se desarrolló entre 1839 y 1842, y que enfrentó a China con Gran Bretaña. El motivo de la disputa era la negativa china a permitir la introducción del opio que los británicos cultivaban en la India, como mecanismo para compensar el déficit comercial que los ingleses tenían con los asiáticos.⁽²⁰⁾ La derrota de China la obligó a firmar el Tratado de Nanking en agosto de 1842, el cual contaba con las siguientes disposiciones: se determinó el respeto a la propiedad de los extranjeros; se autorizó a los británicos a residir en varias ciudades y se dispuso la cesión a perpetuidad de Hong Kong a dominio británico, aunque por acuerdos posteriores se acotó ese plazo a 155 años; se fijaron varias indemnizaciones por el opio perdido en los decomisos, por deudas a comerciantes británicos en Cantón y por el costo de la guerra, por un total de 21 millones de dólares; se estableció también una amnistía para todos los que colaboraron con los británicos en la guerra, incluso los chinos; se determinaron los mecanismos por los cuales se fijarían en adelante las tarifas comerciales; finalmente, se abrieron los puertos de las ciudades de Canton, Fuchow, Ningpo y Shanghai al comercio británico.

Además, por el Tratado suplementario de Hu-men, los británicos se aseguraron en 1843 la aplicación en su favor de la Cláusula de la Nación Más Favorecida.⁽²¹⁾

Los Estados Unidos y Francia obtuvieron de parte de China las mismas condiciones que los británicos en los Tratados de Wanghia y de Whampoa, respectivamente.⁽²²⁾ Ambos se firmaron en 1844. Francia se haría reconocer el protectorado de las misiones católicas, cuya presencia en China se remontaba al siglo XVI.⁽²³⁾

Esta serie de humillaciones por parte de potencias exteriores, contribuyó a desatar la Rebelión Taiping (1850-1864) contra la monarquía manchú, que significó la muerte de entre 20 y 50 millones de chinos en una guerra civil que aumentó la incapacidad del país para enfrentarse a las potencias

(20) FRANKE, HERBERT y TRAUZETTEL, ROLF, *op. cit.*, p. 303.

(21) FRANKE, HERBERT y TRAUZETTEL, ROLF, *ibid.*, p. 305.

(22) *Ibid.*, p. 313.

(23) ROSA, JOSÉ MARÍA, *Historia Argentina*, T. VI, Bs. As., Editorial Oriente, 1973, p. 17.

européas.⁽²⁴⁾ En plena guerra interna, y apenas catorce años después de finalizada la Primera Guerra del Opio, se desató la segunda. En esta oportunidad, los británicos procuraron renegociar algunas de las cláusulas de Tratado de Nanking, y no estarían solos. Contaron con el acompañamiento de Francia, Estados Unidos y Rusia, que se sumaron a los privilegios que los chinos concedieron en su nueva derrota. Por supuesto que las "agresiones" chinas que justificaron la segunda guerra eran irrelevantes. En particular, se analizará el Tratado de Tien-Tsin de junio de 1858, que firmaron las autoridades chinas con los representantes británicos, rusos, norteamericanos y franceses.

Entre sus disposiciones, que fueron aún más asimétricas que las del acuerdo de Nanking, se admitía la residencia de embajadores en la ciudad de Pekín, hasta ese momento prohibida a extranjeros; se establecía que los cónsules podrían vivir en cualquiera de los puertos chinos de acuerdo a las necesidades comerciales; se acordaba el respeto y la protección a la religión cristiana, profesada por protestantes y católicos romanos; se permitía la libre navegación comercial en el río Tangtze y se agregaban los puertos de las ciudades de Newchwang, Tangchow, Taiwan, Chawchow y Kiungchow a la apertura al comercio internacional.

Como novedad, se fijaba la extraterritorialidad de las leyes europeas y norteamericanas respecto de sus nacionales por delitos cometidos en China. Es decir que los cónsules de esos países eran los encargados de juzgar a sus connacionales incluso por delitos comunes cometidos en China. Esto significaba, de hecho, impunidad para evitar las leyes locales y los tribunales locales. Se determinaban también mecanismos de aplicación de tarifas de entrada y tránsito de mercaderías, y se buscaba acabar con la piratería. A su vez, volvía a considerarse expresamente la extensión de la Cláusula de la Nación Más Favorecida y se legalizaba el comercio de Opio.⁽²⁵⁾

A la vista de estos acuerdos, los firmados por las repúblicas americanas en 1825 aparecen como equilibrados. Además, no se les ocurrió incendiar Buenos Aires, como sí hicieron con Pekín.

(24) FRANKE, HERBERT y TRAUZETTEL, ROLF, *op. cit.*, p. 305.

(25) *Ibid.*, p. 313.

En este punto, vale la pena analizar el único caso de acuerdo desigual firmado por una nación sudamericana, que se dio en agosto de 1827 y que fue firmado por el Reino Unido y Brasil. Al respecto, podemos decir que tanto el Tratado de Tien Tsin de 1858 como el anglo-brasileño de 1827 tienen varias de sus disposiciones en común. Comenzando por la cláusula de tolerancia religiosa del art. 2 del acuerdo brasileño y el art. 8 del chino (y que también está en los acuerdos anglo-hispanoamericanos de 1825); o la extraterritorialidad para el juzgamiento de los delitos, dispuesta en el art. 16 del acuerdo chino y en el art. 6 del brasileño, que ya había sido incluida en el acuerdo de 1810 con Portugal.

En cuanto al nivel de los aranceles, el art. 19 del acuerdo anglo-brasileño establecía un tope del 15% para las mercancías importadas, lo que volvía muy complejo el desarrollo de una industria local sustitutiva. Como contraparte, los productos brasileños, como el café o el azúcar, tenían tarifas en Londres del 300% y 180% respectivamente, en beneficio de las colonias británicas.⁽²⁶⁾ El Tratado de Tien-Tsin declaraba en sus arts. 24 a 29 que iban a revisarse las tarifas chinas de común acuerdo, pues al gravamen *ad valorem* del 5% que se estaba aplicando en virtud de lo fijado en la cláusula 10 del acuerdo Nanking, se le habían adicionado montos excesivos que debían ser revisados. En definitiva, tanto en uno como en otro caso, la determinación de un monto fijo o el establecimiento de mecanismos de consulta o decisión consensuada, quitaban buena parte de la autonomía para restringir importaciones e incentivar la producción local china o brasileña.

Ahora, más allá de los tratados, quizás lo más interesante fue que tras las Guerras del Opio, Gran Bretaña mantuvo una diplomacia particular en China. Aunque se había quedado con Hong Kong, la mayor parte de su comercio con China se regulaba a través de los puertos continentales abiertos por los tratados desiguales. Por eso, necesitaba evitar que estos acuerdos fueran desconocidos, para lo cual tenía que evitar el fortalecimiento del gobierno chino. Pero tampoco podía debilitarlo mucho, para impedir que otras potencias, como Francia o Rusia, se aprovecharan y la fragmentaran aún más.

.....

(26) ESCUDE, CARLOS y CISNEROS, ANDRÉS, *Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina*, T. V, 1852-1860. *Dos Estados argentinos, dos políticas exteriores*. Centro de estudios de política exterior, GEL, 1998, p. 3.

Esto último había ocurrido, por ejemplo, en el Tratado de Aigun de 1858, suscrito entre chinos y rusos. En sus disposiciones, se revisaba la frontera entre las dos naciones, que había fijado el Tratado de Nerchinsk en 1689. Entre otras cosas, Rusia ganaría en la negociación el dominio de la margen izquierda del río Amur, y se acordó que ese río, junto al Sungari y Ussuri, serían abiertos exclusivamente al tráfico de buques de origen chino y ruso.

En este sentido, Gran Bretaña y las demás potencias occidentales apoyaron decididamente a la debilitada dinastía Qing durante la rebelión de Taiping. Pero, al mismo tiempo, se embarcaron en la Segunda Guerra del Opio contra la corte Qing para obtener mayores privilegios. En todo caso, las preferencias se explicaban en razón de identificar quiénes podían proveerles de mayores concesiones.⁽²⁷⁾

5 | Gran Bretaña y Francia intentan forzar la Libre Navegación en el Plata

De vuelta en Sudamérica, a fines de la década de 1830 se presentaba una situación compleja. Francia estaba disconforme con el *statu quo*. Reclamaba los mismos derechos que los británicos y no dudaría en hacer lo necesario para conseguirlo. A principios de 1838, y a partir de un incidente irrelevante, el almirante Leblanc declaró el bloqueo de Buenos Aires. Los franceses acordarían con el partido unitario argentino una campaña militar que tuvo en el ataque a la isla Martín García uno de sus puntos principales. Controlando la isla y el tráfico por los dos grandes ríos navegables del país, el Uruguay y el Paraná, pretendían proteger los levantamientos de las provincias opositoras a Rosas y dificultar los movimientos de Oribe para hacerle frente a la rebelión.⁽²⁸⁾

Pero las acciones combinadas en tierra y mar no causaron el resultado esperado por las autoridades de París. Rosas no fue derrocado y triunfó sobre cada uno de los enemigos internos que se atrevieron a aliarse a los franceses. No obstante, en el plano diplomático, los galos obtuvieron su objetivo

(27) FRANKE, HERBERT y TRAUZETTEL, ROLF, *op. cit.*, p. 308.

(28) FERNS, HENRY STANLEY, *op. cit.*, p. 249; ROSA, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, p. 335; GÁLVEZ, JAIME, *Rosas y la navegación de nuestros ríos*, 2ª ed., Bs. As., Editorial Huemul, 1955. p. 80.

de mínima en el Tratado Arana-Mackau de fines de 1840, por el cual se puso fin a la disputa. Consiguieron la igualdad de condiciones con sus vecinos británicos, a través de la cláusula CNMF, la exención del servicio militar y la reparación de algunos daños a sus súbditos.⁽²⁹⁾ Estos resultados no alcanzaban a retribuir los recursos y esfuerzos aplicados por el gabinete de París, pero la presión de los británicos para levantar el bloqueo era grande y las chances de obligar a Rosas a ceder parecían más lejanas que nunca.⁽³⁰⁾

Más aún, el gobernador de Buenos Aires pudo agregar a la Cláusula de la Nación Más Favorecida una excepción. Los beneficios que se concedieran a países de la región no tendrían que hacerse extensivos a los países europeos, en lo que Rosa llama el "principio americanista".⁽³¹⁾ A primera vista, el resultado obtenido por la Argentina en la negociación, frente a la humillación producida en aquellos mismos años a China, parece relevante. Pero el resultado no sería definitivo y la presión iría en aumento.

En 1841, una serie de publicaciones e informes editados en Inglaterra sobre las provincias mediterráneas y el litoral argentino, interesaron a importantes sectores comerciales y políticos al punto de encabezar su suscripción el Rey de los belgas, duques, condes, barones y decenas de hombres de negocios de Londres y Liverpool. Ferns sostiene que el enorme crecimiento del comercio por la vía fluvial en el Mississippi, les sugería a los británicos que otros grandes ríos que fluían hacia las provincias del interior del continente americano podían ser comparables fuentes de desarrollo económico.⁽³²⁾ Ferns y Rosa citan una carta de Palmerston a la Cámara de Comercio en 1841 donde decía que: "Hasta ahora el Plata, el Amazonas y el Orinoco y sus afluentes no han sido utilizados en el intercambio comercial con el interior del país, pero parece probable que con el correr del tiempo la utilización de ellos los transforme en importantes vías de comunicación por agua (...) con fines comerciales".⁽³³⁾

(29) FERNS, HENRY STANLEY, *op. cit.*, p. 251.

(30) ROSA, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, p. 490.

(31) ROSA, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, p. 493.

(32) FERNS, HENRY STANLEY, *op. cit.*, p. 256.

(33) FO 96/20, "Palmerston a la Cámara de Comercio", 15 de febrero de 1841, en FERNS, HENRY STANLEY, *op. cit.*, p. 256; ROSA, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, 1973, p. 20.

En palabras de José María Rosa,⁽³⁴⁾ el secretario de relaciones exteriores británico, Palmerston (ejerció el cargo entre 1830-1834, 1835-1841 y 1846-1851), seguía la línea imperialista de su antecesor Castlereagh (fue canciller británico desde 1812 hasta su suicidio en 1822.). Lo importante para ellos era el poderío económico, asentado sobre una necesaria, pero prudente, influencia política. Lo demás era lírico y peligroso. En tanto, en la concepción de Peel, que fue Primer Ministro entre 1841 y 1846, con Lord Aberdeen en el *Foreign Office*, el imperialismo era más territorial, a la manera de Canning. Al dominio económico y financiero, le seguía una etapa de presión física sobre los países poco desarrollados de África, América Latina y el Lejano Oriente, gracias a la preponderancia de la marina inglesa.

Así, en 1842, el nuevo canciller Aberdeen le envió al representante británico en Bs. As., Mandeville, el mandato de ofrecer una mediación en la guerra entre la Confederación y Montevideo. Además, la mediación tendría que tener un carácter coercitivo, en caso de resistencia u obstáculo para lograr la navegación de los ríos.⁽³⁵⁾ Otra vez a criterio de Ferns,⁽³⁶⁾ el canciller británico “no comprendía lo que estaba proponiendo, o bien se proponía intimidar con baladronadas al general Rosas”.

La misión contaría con la participación de Francia, con quien actuarían de común acuerdo para proteger al Uruguay de las tropas argentinas. A los pocos meses y bajo el pretexto de no aceptarse una mediación entre Oribe y el gobierno de Montevideo, el comandante de la marina británica, Comodoro Purvis, rompió el bloqueo dispuesto por las naves del Almirante Brown sobre Montevideo. El argumento era que el gobernador de Buenos Aires atentaba contra la independencia de la República Oriental del Uruguay.⁽³⁷⁾

Decían que las actitudes de Rosas y su aliado Oribe, ponían en riesgo el equilibrio que indicaba que ninguna nación debía controlar las dos márgenes del Río de la Plata, como había quedado plasmado en el Tratado con Brasil de 1828.

(34) ROSA, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, p. 16.

(35) *Ibid.*, p. 22.

(36) FERNS, HENRY STANLEY, *op. cit.*, p. 261.

(37) ROSA, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, p. 22.

En esas circunstancias, el gobierno de Brasil intentó participar de la negociación junto a Francia y Gran Bretaña, pero los europeos no le permitieron hacerse un lugar entre quienes buscaban ser garantes del equilibrio regional. Los británicos le exigieron, como condición para sumarse, la renovación del acuerdo desigual de 1827 y la erradicación del tráfico de esclavos.⁽³⁸⁾ En la medida que Rosas no cedía, los enviados Deffaudis y Ouseley ordenaron a la flota anglofrancesa bloquear el puerto de Buenos Aires, mientras se aguardaba un regimiento inglés estacionado en Brasil. Pronto se comenzó a preparar una flota para abrir el río Paraná por la fuerza. Serían 100 barcos mercantes y otros de guerra, que pretendían llegar a Corrientes y el Paraguay.⁽³⁹⁾

El 17 de noviembre de 1845, la flota se encontró en un codo del Paraná, llamado Vuelta de Obligado, con las baterías que el General Mansilla había emplazado para oponer resistencia al paso del convoy. Luego de varias horas de lucha y fuego cruzado, y con centenares de muertos, los buques lograron pasar. Pero pronto los extranjeros se dieron cuenta del costo demasiado alto que tendrían que pagar en relación a las expectativas comerciales puestas en Corrientes y Paraguay. Muchos de los buques volvieron con el total de sus cargas y la misión puede considerarse un verdadero fracaso.⁽⁴⁰⁾

Ferns⁽⁴¹⁾ dice que en 1846 las exportaciones británicas bajarían a 187.481 libras, desde las 592.279 del año anterior. La “mediación forzada” de Aberdeen había fracasado y los distintos actores del comercio británico comenzaron a hacerse escuchar para reclamar por el fin del bloqueo, que lejos de deteriorar el apoyo social a Rosas, lo agrandaba. Incluso, las provincias del interior avanzaban económicamente sustituyendo las importaciones en el mercado de Buenos Aires, que no podía ser provisto por la industria extranjera. La conclusión de los gobiernos europeos luego de la intervención militar, fue que la libre navegación de los ríos debía practicarse sólo si era consentida, de otra manera las dificultades de la guerra suponían riesgos mayores que los beneficios potenciales de la apertura.

.....
(38) *Ibid.*, p. 238.

(39) FERNS, HENRY STANLEY, *op. cit.*, p. 277.

(40) FERNS, HENRY STANLEY, *ibid.*, p. 278.

.....
(41) *Ibid.*, p. 287.

El reemplazo de Aberdeen en 1846 por el otra vez canciller Lord Palmerston abrió la puerta a un cambio de la política en el Río de la Plata. Éste se comunicó con el ministro de relaciones exteriores francés, Guizot, para que ambos gobiernos acordaran una estrategia común que les permitiera salir del absurdo que perjudicaba el comercio. Luego de casi dos años de negociaciones trucas, el propio Palmerson dijo que el bloqueo había sido un acto inútil e ilegítimo. Liberado el tráfico a mediados de 1847, retornó el comercio regular y pronto crecieron las exportaciones industriales británicas. El interés por la independencia uruguaya y la libre navegación se convirtieron en cuestiones meramente teóricas para los británicos, mientras que los franceses, fieles a su política exterior, intentarían un último esfuerzo por sostener sus intereses en Montevideo, que tanto dinero les había costado.⁽⁴²⁾

Los Tratados de Paz se alcanzaron en 1849 y 1850, y fueron de un tenor casi idéntico. En los arts. 4 y 6, se decía que el Reino Unido y Francia: "reconoce ser la navegación del río Paraná una navegación interior de la Confederación Argentina, y sujeta solamente a sus leyes y reglamentos, lo mismo que la del río Uruguay en común con el Estado Oriental".⁽⁴³⁾

En ningún otro acuerdo de los más de 300 considerados se realizó un reconocimiento de este estilo por parte de las dos principales potencias navales del mundo, que apenas unos años antes habían humillado a China en la Guerra del Opio. Significaba ir en contra de las tendencias liberales en boga en Europa y en crecimiento en Sudamérica. Resulta tan excepcional este caso que, junto con la experiencia de **trato nacional** promovida por Bolívar, y la resistencia paraguaya hasta su derrota militar, el ejemplo de Rosas se constituye como la mayor expresión de autonomía en la toma de decisión respecto del régimen de navegación a adoptar.

Incluso lo hecho por Rosas implicó un mayor grado de contradicción con los intereses de las potencias que lo adoptado por Bolívar. El venezolano actuó en la década de 1820, cuando aún las relaciones políticas entre las nacientes repúblicas sudamericanas con países como Francia y Gran Bre-

(42) FERNS, HENRY STANLEY, *op. cit.*, p. 282.

(43) *Colección de Tratados celebrados por la República Argentina con las naciones extranjeras*, Publicación Oficial, Bs. As., Imprenta y Litografía a vapor Bernheim y Boneo, 1863, p. 175.

taña, no estaban demasiado desarrolladas y tampoco las presiones para adoptar amplias aperturas comerciales.

6 | Brasil y su resistencia a la libre navegación a la europea

La firma de los tratados entre Rosas y los enviados europeos fue un duro golpe para las aspiraciones brasileñas de llegar con sus buques libremente hasta su provincia de Matto Grosso por el Paraná y ver, de paso, vencido a su poderoso vecino del Sur. Implicó también un gran desafío para su diplomacia. A criterio del gabinete Imperial, el ejército de Rosas había quedado ocioso y listo para intentar reconstruir el Virreinato del Río de la Plata, anexando Paraguay y Uruguay, y amenazando su frontera sur.⁽⁴⁴⁾ Además, Francia y el Reino Unido habían aceptado la política de Rosas de disponer el cierre los ríos Paraná y Uruguay a la navegación internacional, desairando las estipulaciones de la cláusula adicional del Tratado de Paz de 1828.

Pero no era el único frente de conflicto que se había abierto casi simultáneamente para el gabinete de Río de Janeiro. Estaba también el interés de los norteamericanos por disponer de la selva amazónica para sus propios proyectos de colonización, y cuya llave de acceso era la internacionalización del río Amazonas.⁽⁴⁵⁾ Amenazados por Norte y por Sur, decidieron salir de la pasividad y pasar a la ofensiva. Contra Rosas se propusieron organizar a todos los ribereños del río Paraná, que estaban disconformes con la prohibición vigente de navegar hasta el mar. En cierta forma, harían exactamente lo que hasta ese momento ellos mismos evitaban para los demás ribereños del Amazonas.

En relación al Amazonas, en 1851 y apenas unos meses más tarde del acuerdo entre Perú y Estados Unidos, que permitía a éstos últimos introducirse en la región, alcanzaron con Perú un Tratado de Comercio, Navegación y Límites, que estableció la navegación exclusiva para los dueños de las costas. En este juego de tres, la diplomacia de Lima cedía a las

(44) PALM, PAULO R., *A abertura do Rio Amazonas a navegacao internacional e o parlamento brasileiro*, Brasília, Fundacion Alexandre de Gusmao, 2009, p. 25.

(45) PALM, PAULO R., *ibid.*, p. 31.

presiones pero conseguía objetivos en el medio, como que Brasil les reconociera la navegación del Amazonas, a la que tanto se había resistido.⁽⁴⁶⁾

Las negociaciones no terminaron allí. Poco tiempo después, el gobierno de Lima emitió un decreto el 15 de abril de 1853 “interpretando” el Tratado con Brasil. Los países a los cuales Perú había reconocido la Cláusula de la Nación Más Favorecida, entre ellos Estados Unidos, tendrían los mismos derechos de navegación que los acordados en beneficio del Brasil.⁽⁴⁷⁾ Una vez más, la presión brasileña consiguió que, un mes más tarde, el gobierno peruano emitiera otro decreto, volviendo al sistema de navegación para ribereños. En este ir y venir, el gobierno peruano seguía consiguiendo ventajas.

Al año siguiente, los enviados brasileños obtuvieron un protocolo en Quito que establecía criterios para fijar los límites fronterizos, pero no decía nada sobre la navegación. En tanto, el Congreso colombiano se mostraría adverso a cualquier entendimiento, mientras que en Venezuela se alcanzarían tres acuerdos: uno de límites, otro de navegación y un tercero de extradición. Palm señala que no fueron ratificados por diferencias en lo relativo a la determinación de los límites.⁽⁴⁸⁾

En el caso de Bolivia, en enero de 1853, el presidente Manuel Isidoro Belzu declaraba libres para el comercio y la navegación mercante de todas las naciones del globo, las aguas de los ríos navegables que, pasando por el territorio de la nación, desembocan en el Amazonas y en el Paraguay.⁽⁴⁹⁾

En cuanto a los países de la Cuenca del Plata, los negociadores brasileños habían conseguido en Paraguay un primer acuerdo de Alianza, Comercio y Límites en 1844, en ocasión del reconocimiento de la independencia paraguaya. En el tratado, que no sería ratificado por el gobierno Imperial, aseguraba la navegación de los ríos Paraná y Paraguay hasta la Villa del Pilar. Seis años más tarde, volverían a negociar un Tratado de Alianza Defensiva, previendo el avance de Rosas contra el Paraguay luego de terminar los

(46) *Ibid.*, p. 36.

(47) *Ibid.*, p. 36.

(48) *Ibid.*, p. 50.

(49) *Ibid.*, p. 37.

arreglos diplomáticos con franceses e ingleses. Allí solo se estableció el compromiso de lograr la libre navegación del Paraná, obstruida por Rosas, pero no pudieron vencer la resistencia del Paraguay para dejar pasar los buques brasileños.⁽⁵⁰⁾

En 1851, los enviados imperiales consiguieron firmar acuerdos para iniciar la campaña militar contra Rosas con Entre Ríos, Corrientes y Uruguay, en los que se acordó, inclusive, la apertura de los ríos para los ribereños. El cierre de esta estrategia relativamente exitosa, lo aportó la derrota de Rosas el 3 de febrero de 1852 en Monte Caseros, en manos del gobernador de Entre Ríos, Justo José de Urquiza.

Con la victoria, los dirigentes de Río de Janeiro tenían motivos de sobra para festejar, pero pronto todo lo conseguido debería ponerse a prueba frente a la renovada presión de Francia y el Reino Unido sobre el Río de la Plata y sus afluentes, y Estados Unidos en el Amazonas. A mediados de agosto de 1852, llegaron Hotham y Saint-Georges, representantes británicos y franceses respectivamente, enviados por sus gobiernos para aprovechar el aparente interés del nuevo gobierno de la Confederación por modificar su política de navegación. A dicha misión se sumó un representante del gobierno norteamericano, Juan Pendleton. El brasileño Pereyra Leal venía también en el buque, intentando sacar alguna tajada de la presión que se vendría sobre la Confederación Argentina.

Las instrucciones de los europeos hablaban de buscar la apertura de los ríos para todas las banderas y que se haga por tratados, y no por leyes locales que podían cambiarse cuando los cañones se volvieran a Europa. La misión incluía obtener tratados con Uruguay y Paraguay, de manera de extender y asegurar las ventajas procuradas.⁽⁵¹⁾ A tal punto era considerada importante la libre navegación para el *Foreign Office*, que se le indicó a la *Baring Brothers* que no pensaban pedirle al embajador británico Gore que reclamara por el pago del empréstito, ocupado como estaba preparando el terreno para abrir los grandes ríos.⁽⁵²⁾

.....

(50) *Ibid.*, p. 24.

(51) TERRÉN, MARÍA D., *La libre navegación de los ríos*, Montevideo, 1953, p. 2.

(52) FERNS, HENRY STANLEY, *op. cit.*, p. 301; ROSA, JOSÉ MARÍA, *Historia Argentina*, T. VI, Bs. As., Editorial Oriente, 1973, p. 12.

Antes de formalizar una negociación con los extranjeros, el director provisorio de la Confederación, Justo José de Urquiza, se apuró a poner en vigencia, el 28 de agosto de 1852, el Reglamento General de Aduanas, que operaría sobre las expectativas europeas como un hecho consumado.⁽⁵³⁾ Hay que recordar que los acuerdos desiguales con China, y el tratado de 1827 con Brasil, se ocuparon de fijar incluso aranceles a los productos británicos de manera bilateral, vulnerando la soberanía de los países más débiles.

En dicho Reglamento General de Aduanas se fijaban los tributos y protecciones a la industria nacional y se establecía la libre navegación de los ríos Paraná y Uruguay para todas las banderas, pero sólo para los buques mercantes. A su vez, se incorporaban restricciones impuestas a los puertos y al tonelaje de los buques extranjeros de menos de 120 toneladas se utilizaban para preservar el **cabotaje nacional**.⁽⁵⁴⁾

En adelante, los tratados de navegación con las potencias extranjeras deberían aceptar las tarifas establecidas por la Confederación para la introducción de mercaderías importadas, y los límites en la navegación hasta los puertos habilitados. Al no conseguir rápidamente los tratados que buscaban, la misión de los europeos continuó en Montevideo, donde consiguieron su firma de parte del presidente Giró, que en medio de una situación política caótica, terminó refugiándose en la legación francesa. Los tres representantes se retiraron de la ciudad sin lograr la ratificación, que finalmente no se produciría. Señala Terren⁽⁵⁵⁾ que el norteamericano Schenck informaba a su gobierno, por nota de agosto de 1853, que la demora en la ratificación de los tratados se debía a las influencias del Brasil en los legisladores orientales, además de la debilidad del gobierno.

El 10 de octubre de 1853, el Triunvirato que reemplazó a Giró decretó la apertura de los ríos a los buques extranjeros. Terren⁽⁵⁶⁾ explica que ese decreto sería luego convertido en ley, por lo que Uruguay abrió sus ríos sin firmar convenciones con potencias no ribereñas. Esta política, si bien le permitía no quedar sujeto a un acuerdo bilateral a la hora de definir su política de nave-

(53) TERRÉN, MARÍA D., *op. cit.*, p. 5.

(54) TERRÉN, MARÍA D., *ibid.*, p. 6.

(55) *Ibid.*, p. 18.

(56) *Ibid.*, p. 28.

gación, también le permitía al Brasil obtener del Uruguay concesiones especiales, que no estaban sujetas a la Cláusula de la Nación Más Favorecida.

Todavía con las manos vacías, viajaron a Asunción en noviembre⁽⁵⁷⁾ para, luego de mucho trabajo, conseguir firmar los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación del 4 de marzo de 1853. Paraguay ponía como condición *sine qua non* el previo reconocimiento de la independencia, acto político que Francia y el Reino Unido habían prometido en 1846, y no habían cumplido.⁽⁵⁸⁾ No obstante la firma de estos acuerdos, el Gobierno paraguayo emitió luego una serie de reglamentaciones que volvieron muy dificultoso el aprovechamiento de las cláusulas de navegación. Terren⁽⁵⁹⁾ afirma que el representante brasileño, Pereira Leal, obstaculizó todo lo que pudo el accionar de los representantes extranjeros, y que llegó a amenazar con pedir sus pasaportes si se le rechazaba la firma de un tratado comercial, cuando vio que Paraguay accedía a lo que pedían los europeos y norteamericanos.

Mientras tanto, en la Argentina, el 1 de mayo de 1853 se sancionaba la Constitución Nacional, inspirada en la Constitución de Estados Unidos, de orientación claramente liberal. Sería competencia del Gobierno Federal atraer inmigración y reglamentar el libre tránsito de los ríos. El artículo 26 se refería específicamente al tema: "La navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional".⁽⁶⁰⁾

Con esta regulación, la Confederación adhería de forma definitiva a la doctrina de la libre navegación fluvial, al consagrar en la Ley Máxima del país la apertura de sus ríos. Ya no era un decreto fácilmente revisable o incluso una ley de nuestros inestables Congresos. En esta línea, la Argen-

(57) ROSA, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, p. 61 en Cisneros, Andrés y Escude, Carlos (dirs.), *Historia general de las relaciones exteriores de la República Argentina*, Bs. As., Grupo Editor Latinoamericano, 2000, [en línea] http://www.cema.edu.ar/ceieg/arg-rree/historia_indice05.htm

(58) TERRÉN, MARÍA D., *op. cit.*, p. 12; CHÁVEZ, JULIO CÉSAR, *El presidente Lopez. Vida y gobierno de Don Carlos*, 2ª ed., Bs. As., De Palma, 1968, p. 2. Ver texto en Biblioteca Virtual del Paraguay [en línea] www.bvp.org.py, consultado el 16/08/2010.

(59) TERRÉN, MARÍA D., *ibid.*, p. 12.

(60) Puede consultarse el texto completo en el portal INFOJUS: <http://www.infojus.gov.ar/legislacion/constitucion-nacional-1853.htm?5>

tina no estaría sola. La mayoría de los países sudamericanos adhirieron al principio de libre navegación para todas las banderas y lo sancionaron vía legislación nacional, casi al mismo tiempo que sus pares de la Confederación Argentina, Uruguay y, en forma parcial, Paraguay. Colombia lo hizo el 7 de abril de 1852; Bolivia el 27 de enero de 1853; Perú el 15 de abril de 1853 y Ecuador el 26 de noviembre de 1853.⁽⁶¹⁾

Estos cambios, sin embargo, no satisfacían a las tres potencias. La diplomacia brasileña, por ejemplo, tenía esperanzas de conseguir restringir el acceso a algunos puertos, preservar el cabotaje, limitar el paso de buques de guerra y otras disposiciones que podían discriminar a europeos y norteamericanos. Mientras que los negociadores europeos reiteraban que querían tratados irrevocables y no leyes, que podían modificarse unilateralmente.

Lo concreto es que a mediados de 1853 los negociadores extranjeros retornaron a Buenos Aires después de haber obtenido trabajosamente los tratados con el Paraguay, y se encontraron con la oportunidad de alcanzar con la Confederación Argentina los tratados de **libre navegación para todas las banderas** que deseaban desde un principio.

Éstos se dieron en medio de la tensa negociación con Buenos Aires para lograr una mínima convivencia, de la que Francia, el Reino Unido y Estados Unidos fueron mediadores.⁽⁶²⁾ Urquiza les había pedido ayuda para forzar a Buenos Aires a negociar la paz, y éstos le contestaron ofreciéndole lo que marcaban sus instrucciones. Los acuerdos se celebraron el 10 de julio de 1853, luego de que el Jefe de la Escuadra de la Confederación fuera sobornado por Buenos Aires y entregara sus buques a cambio de monedas de oro.

Los acuerdos abrían el Paraná y Uruguay a todas las banderas sin fecha y sin discriminaciones. Virtualmente, se sujetaban los ríos a la ley de los mares. Con esa garantía, si el gobierno de Buenos Aires quería estorbar la navega-

(61) PALM, PAULO R., *op. cit.*, p. 36; URQUIDI, JOSÉ M., *Nuevo Compendio de la Historia de Bolivia*, LLC. Chesterton, Estados Unidos, Bibliobazaar, 2008, p. 154; ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *La Apertura del Amazonas o la clausura fluvial del Brasil*, Editorial Dentu, París, 1867, p. 24; RIZZO ROMANO, ALFREDO H., *Derecho Internacional Público*, 3ª ed. ampliada y actualizada, Bs. As., Editorial Plus Ultra, 1994, p. 415.

(62) BOSCH BEATRIZ, *Urquiza y su tiempo*, Bs. As., Eudeba, 1971, p. 315.

ción en los puertos de la Confederación, ahora despojada de sus buques, tendría que enfrentarse a intereses más poderosos que los del Interior.⁽⁶³⁾

Los artículos 5° y 6° representan las cláusulas más controvertidas de los acuerdos, en tanto limitaban la soberanía del país. Por el primero de ellos se reconocía que, por su posición, quien tuviese la posesión de la isla Martín García podía embarazar o impedir la libre navegación. Por tanto, las partes convenían en utilizar su influjo para que dicha isla no fuera conservada o retenida por Estado alguno del Río de la Plata y sus afluentes, que no adhiriera a la libre navegación. El artículo siguiente establecía que, aun en caso de guerra, la navegación de los ríos quedaba libre para el pabellón mercantil.

Las razones que llevaron a Urquiza a suscribir estos acuerdos son analizadas por los autores Cisneros y Escudé:

“En opinión de José María Rosa, ya fuera porque los comisionados extranjeros desconfiaron de la postura flexible de Urquiza, o porque quisieron aprovechar sus difíciles circunstancias, éstos exigieron al director de la Confederación la firma de un tratado de libre navegación como condición previa a cualquier tipo de mediación. H. S. Ferns y James R. Scobie, en interpretación diferente, consideran que Urquiza buscaba obtener un tratado que garantizase el libre tránsito al comercio extranjero en los ríos interiores argentinos, de manera que Gran Bretaña, Francia y los Estados Unidos se vieran obligados a proteger la libre navegación en el caso de que la provincia de Bs. As. intentara cortar las comunicaciones de la Confederación con el exterior. Lo cierto fue que, por una razón u otra, Urquiza aceptó y firmó el 10 de julio, en la localidad de San José de Flores, junto a Hotham y Saint-Georges un documento redactado por los comisionados inglés y francés, que establecía el reconocimiento por parte de la Confederación de la libre navegación.”⁽⁶⁴⁾

.....

(63) FERNS, HENRY STANLEY, *op. cit.*, p. 307.

(64) SIERRA, V. D., *op. cit.*, p. 201; ROSA, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, p. 95; H. S. FERNS, HENRY STANLEY, *op. cit.*, p. 307; SCOBIE, J. R., *op. cit.*, p. 94. El tratado de libre navegación con el gobierno de Estados Unidos fue firmado el 23 de julio de 1853. Rosa afirma erróneamente que los tratados no otorgaban la libre navegación a los buques de guerra, en CISNEROS, ANDRÉS y ESCUDE, CARLOS (dirs.), *Historia general de las relaciones exteriores de la República Argentina*, Bs. As., Grupo Editor Latinoamericano, 2000, cap. 27: “Las relaciones con Gran Bretaña”[en línea], http://www.cema.edu.ar/ceieg/arg-rree/historia_indice05.htm

Más allá de las diferencias, pueden encontrarse algunas similitudes entre el caso argentino y el inicio de la Segunda Guerra del Opio en China. Como lo destacamos en su momento, Gran Bretaña y las demás potencias occidentales apoyaron decididamente a la debilitada dinastía Qing durante la rebelión de Taiping. Pero al mismo tiempo, en alianza con Francia, se embarcaron en la Segunda Guerra del Opio para obtener mayores privilegios.

En el caso argentino, los británicos se opusieron a la desmembración del país a fines del 1852, y postularon la unificación como un objetivo político para contener las aspiraciones del Brasil y los Estados Unidos, como en China lo hicieron respecto de Rusia. Apoyaron al gobierno débil de Urquiza contra el más fuerte de Buenos Aires, pero no se privaron de obtener los acuerdos de libre comercio con uno, y el pago de los intereses y amortizaciones de capital del empréstito de 1824 con el otro; reparación de deudas dudosas con uno y atención a los intereses comerciales de sus connacionales en el otro; fijación de residencia de un Ministro en Paraná, y el establecimiento de un Cónsul en Buenos Aires.

Como era de esperarse, las consecuencias de los acuerdos no tardarían en llegar. Fitte analiza⁽⁶⁵⁾ las notas del enviado del Brasil en Buenos Aires, Rodrigo de Souza Da Silva Pontes, al ministro de Relaciones Exteriores de la Confederación, donde le decía que los convenios habían introducido notables alteraciones a los acuerdos firmados en 1851, introduciéndole nuevas condiciones, sin consulta con el Imperio. El brasileño protestaba, además, porque se reconocía la libre navegación a perpetuidad a países que no eran ribereños, y con un derecho superior al de los ribereños, a los que se privaba del bloqueo como práctica reconocida y legal en tiempos de guerra.

El mismo autor se detiene en la respuesta de Urquiza del 31 de octubre de 1853, quien en lugar de dejar que contestara su canciller, que había recibido la nota, lo hizo personalmente. El entrerriano alegó que desde la convención de 1828 el Brasil disponía el derecho de navegación de los ríos como potencia ribereña, pero que el gobierno de Rosas siempre se había negado a reconocerlo. En tanto, los tratados de 1851 de alianza contra Ro-

(65) FITTE, ERNESTO, *Los tratados de libre navegación y la soberanía de Martín García*, Bs. As., Emecé, 1970, p. 143.

sas tenían ese fin principal y que las demás estipulaciones no podían haber obligado a las demás provincias argentinas diciendo que la navegación era reservada exclusivamente para los firmantes de los acuerdos. En ese caso se hubiese reemplazado un vejamen por otro. Y argumentó que si no le gustaba lo dispuesto respecto de Martín García en el art. 5, entonces simplemente que no le diera su adhesión a los tratados. Le aclaraba, además, que la apertura a la libre navegación ya había sido consagrada por el reglamento del 28 de agosto y por la ley bonaerense del 18 de octubre, y que en esas ocasiones no había habido quejas de parte de los enviados imperiales. Por último, decía también que la privación del bloqueo beneficiaba a Brasil, que había perdido la posibilidad de comerciar durante los bloqueos a Buenos Aires.⁽⁶⁶⁾

La diplomacia de Río de Janeiro había perdido. Urquiza había puesto en igualdad de condiciones a Francia, el Reino Unido, Estados Unidos y a cualquier otro país, evitando sujetarse a una libertad de navegación exclusiva para los ribereños que consagraba al Brasil como potencia mayor. El desquite de Brasil recién llegaría años más tarde y con la conocida "diplomacia del Patacón". Con la Confederación Argentina sin plata para pagar los sueldos y con Buenos Aires fortaleciéndose, Urquiza terminó buscando un acercamiento al Brasil para que lo ayude a reunificar el país. Lejos de la ayuda militar y económica solicitada, Brasil exigió los acuerdos que se firmaron en 1856 y 1857. En ellos, ambas naciones se concedieron mutuamente la libre navegación de los ríos Paraná, Uruguay y Paraguay; y restringieron la posibilidad de que terceros países practicaran el comercio de cabotaje, la libre navegación de los afluentes, el acceso a puertos que no estuvieran habilitados y el tránsito de buques de guerra.

Más difícil sería para los brasileños vencer la resistencias de los gobiernos de los López en Paraguay. El Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, que firmaron en 1855, establecía la fórmula de libre navegación en donde fueran ribereños, pero Paraguay continuó limitando el acceso a sus ríos navegables hasta los puertos determinados. En tanto, en la Convención de 1856 se aplicaba la misma disposición que en el anterior Tratado, pero se sumaba la posibilidad de permitir el paso de barcos de guerra por los ríos paraguayos, aún con severas restricciones. Corresponde notar que al

.....

(66) FITTE, *op. cit.*, p. 146.

Brasil le importaba el paso por el Paraná al norte, más que los puertos paraguayos habilitados para el comercio exterior.

Finalmente, en el acuerdo de 1858 de Paraguay y Brasil, se incluyó la fórmula de libre navegación para todas las banderas, tal cual había sancionado la Confederación Argentina en 1853, y el libre acceso hasta los puertos habilitados, que vía legislación nacional seguían siendo restringidos. Además se excluía de la navegación de terceros países a los afluentes del Paraná y Paraguay, y al ejercicio de la práctica del cabotaje. Los buques de guerra brasileños podían pasar sólo de a tres por el río Paraguay y no superar las 600 toneladas y ocho bocas de fuego.

Aun así, las dificultades entre Paraguay y Brasil continuaron, como puede observarse al considerar el reclamo por la libre navegación de los ríos paraguayos que se incluyó en el Tratado de la Triple Alianza de 1865. Allí, se especifica que se brindaría a los aliados trato nacional y libre navegación en los ríos de la cuenca del Plata, con la expresa mención que impedirían a futuro que los reglamentos del Paraguay⁽⁶⁷⁾ debiliten ese compromiso. Sin dudas, el margen de maniobra paraguayo para limitar, aun vía reglamentaria, la navegación por sus ríos sólo pudo mantenerse hasta su derrota en esta guerra, ocurrida entre 1865 y 1870.

Un antecedente militar, también en el caso de Paraguay, ocurrió en 1859 cuando una flota norteamericana con miles de infantes remontó el Paraná para exigir un desagravio e indemnizaciones por un buque de su bandera atacado por baterías paraguayas.⁽⁶⁸⁾ Más allá del daño que no era tal, el significado de esta flota de guerra en aguas fluviales del Río de la Plata, era mostrarle a esta parte del mundo la capacidad militar de esta nueva potencia. Lo que finalmente consiguieron los norteamericanos con esa presión, muy parecida a la llevada a cabo en Japón en 1854, fue la ampliación de las libertades para los buques norteamericanos. De tal forma que, a partir de lo resuelto en 1859, rigió al menos formalmente la libre la navegación del Paraguay hasta el Brasil, y el Paraná en toda su extensión, limitada sólo por reglamentos policiales y fiscales.

(67) *Colección de tratados celebrados por la República Argentina con las naciones extranjeras*, Publicación oficial, T. II, Bs. As., Imprenta de Juan Alsina, 1884.

(68) PETERSON, HAROLD, *La Argentina y los Estados Unidos (1810-1914)*, Hyspamerica, 1985, p. 203.

Como cierre del proceso, Hobsbawm sostiene que la guerra del Paraguay constituyó la integración definitiva del sistema del Río de la Plata a la economía mundial con centro en el Reino Unido. Argentina, Brasil y Uruguay habían obligado al Paraguay a deponer su arrogancia.⁽⁶⁹⁾

7 | Conclusión

El presente artículo aporta un conjunto de elementos que ponen en evidencia una tensión entre los objetivos de las potencias y de los países sudamericanos en materia de apertura comercial, pese a la debilidad de éstos últimos.

No se trató sólo de aprovechar las relaciones entre sí para establecer excepciones a las tendencias fundamentales de liberalización que se planteaban desde Europa. Eso ya sería algo, en tanto marcaba el camino hacia la autonomía, que sólo podía darse colectivamente. El hecho es que también hubo un conjunto de medidas quizás aisladas de resistencia, que en la mayoría de los casos funcionaron como un aplazamiento de la victoria militar o diplomática de las potencias.

Los casos a lo largo del continente fueron varios y bien diferenciados, y su reiteración habla de algo más que de una excepcionalidad, o una postura meramente pasiva, aun en países con inestabilidades políticas y económicas.

Colombia, por ejemplo, durante el gobierno de Simón Bolívar, procuró establecer un sistema de navegación con **trato nacional**, dirigido especialmente a los países en los que el Libertador y su ejército se asentaron, como podía ser Perú, Bolivia, pero también Chile y Centroamérica.

Paraguay, por su parte, condicionó hasta donde pudo sus acuerdos de navegación a las negociaciones por los límites y el reconocimiento de la independencia, y sólo accedió a permitir el avance de buques extranjeros hasta un puerto en cada río. Incluso cuando tuvo que ceder, como fue el caso de los acuerdos con Brasil de 1856 y 1858, o Estados Unidos en 1859, hizo todo lo posible para evitar cumplir la letra de los tratados a través de reglamentos obstructivos.

(69) HOBBSBAWM, ERIC, *La era del Imperio*, 2ª ed., Bs. As., Grupo Editorial Planeta, 2001, p. 89.

También fue derrotado militarmente Rosas, el otro gran protagonista de la defensa de la soberanía. Antes de eso, había resistido a la imposición de la libre navegación en Vuelta de Obligado, y obtuvo los tratados de 1849 y 1850, que son quizás los más relevantes, en términos de autonomía, de todo el período.

Vistos estos ejemplos en conjunto, puede concluirse que, con diferentes grados, existieron ventanas de autonomía en varios países, que si bien no se extendieron durante todo el período y en todos los países, nos permiten afirmar su existencia. Claro está que en muchos aspectos el resultado podría haber sido mejor, por ejemplo, de haberse negociado en conjunto en lugar de hacerlo bilateralmente. Peor aun en el Río de la Plata, las potencias negociaban unidas frente a los países de la región que lo hacían desunidos, como en la serie de giras que realizaron en la década de 1840 y 1850.

En la misma línea, la falta de ratificación de los dos grandes acuerdos regionales de 1848⁽⁷⁰⁾ o 1865,⁽⁷¹⁾ dirigidos a garantizar la defensa territorial y la soberanía de los países de la región, pero que incluían cláusulas de navegación de trato nacional, son una muestra no del fracaso de la política autónoma de los países, sino de la dificultad para implementarla.

Un último punto merece el ascenso de Brasil a la categoría de potencia regional, después de rechazar la continuación de los acuerdos desiguales que le impusieron los europeos hasta 1827. Resistió a las presiones y recién abrió el río Amazonas a todas las banderas cuando se sintió seguro de no ser disputado territorialmente, en 1867. Por lo pronto, se puede decir que su estrategia para el Río de la Plata tuvo un éxito parcial, producto de los límites que generaron los tratados de julio de 1853 a su hegemonía regional.

(70) Tratado de Confederación; Tratado de Comercio y Navegación; Convención consular; Convención de Correos. Firmado por Colombia, Bolivia, Chile, Perú, Ecuador. En GUTIÉRREZ, JOSÉ R., *Colección de los Tratados y Convenciones celebrados por la República de Bolivia con los Estados Extranjeros*, T. I: Derecho Diplomático Boliviano, Santiago de Chile, Imprenta de El Independiente, 1869.

(71) Tratado de Unión y Alianza Defensiva Americana; Tratado sobre conservación de la Paz; Tratado de Comercio y Navegación; Tratado de Correos. Firmado por Colombia, Bolivia, Chile, Perú, Salvador y Venezuela. En GUTIÉRREZ, JOSÉ R., *Colección de los Tratados y Convenciones celebrados por la República de Bolivia con los Estados Extranjeros*, T. I: Derecho Diplomático Boliviano, Santiago de Chile, Imprenta de El Independiente, 1869.

La Justicia que queremos y la política judicial que debemos⁽¹⁾

por **PABLO CASAS**⁽²⁾ y **GONZALO VIÑA**⁽³⁾

I | Introducción

Queremos proponerles que pensemos la política judicial del futuro, la de los próximos diez años. Para ello queremos poner el foco de la atención en el verdadero protagonista: el hombre de carne y hueso. No en el ciudadano, no en el justiciable, ni en el querellante o el imputado, sino en el hombre, la mujer, sus hijos.

En nuestro recorrido, vamos a hacer un somero diagnóstico de las dificultades que la labor judicial enfrenta hoy (título 2) y a esbozar las bases que deberían sustentar la justicia del mañana (título 3). Sólo a partir de allí

.....

(1) Este trabajo está basado en la ponencia homónima que los autores presentaron en el *XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, que tuvo lugar en Cartagena de Indias, Colombia, entre los días 30 de octubre y 2 de noviembre de 2012.

(2) Secretario de Innovación del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Ex Administrador General del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Ex agente y funcionario de la Justicia Criminal y Correccional Federal y de la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas.

(3) Fiscal en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA. Ex funcionario del Consejo de la Magistratura de la CABA.

podremos descubrir cuál es el verdadero rol de la política judicial (título 4) y proyectar las acciones necesarias (título 5).

2 | La Justicia hoy

En la República Argentina, las demandas que recibe la justicia —en todos sus fueros, ramas o expresiones— aumentan a diario, tanto en su cantidad como en su calidad. Los juzgados ven incrementada su carga de trabajo nominal a través de la expansión constante del universo de casos que deben atender o, más sencillamente, del cúmulo de expedientes que se apilan en los escritorios de jueces, funcionarios y empleados.

Pero la demanda no se circunscribe a un mayor número de litigantes que trajinan en los pasillos de los tribunales; sino que también se incrementa, cada día, la exigencia de calidad en el resultado. La sociedad ya no se conforma con un fallo, quiere algo más. Las noticias judiciales ocupan un espacio creciente en las crónicas periodísticas; es usual que los segmentos informativos radiales y televisivos dediquen una cobertura especial a los actos jurisdiccionales de mayor impacto; también es frecuente que el acierto o el error de la decisión de un juez sea materia de encendido debate entre todos los que se sienten afectados por ella o, cuanto menos, interesados en sus implicancias.

Aunque las causas de este fenómeno —entre las que debe contarse, también, el severo déficit en los tiempos de respuesta, la alta burocratización de las estructuras judiciales y la dañada reputación institucional— son tantas y tan complejas que no sería posible examinarlas en detalle aquí, pero sí podemos señalar una de sus consecuencias más nocivas. Me refiero a la palpable insatisfacción de los justiciables y de la sociedad toda con su Poder Judicial. En efecto, una muestra relevada a lo largo de toda la Argentina hacia fines del mes de noviembre de 2009 mostró que sólo el quince por ciento (15%) de los encuestados tiene una imagen positiva de la Justicia.⁽⁴⁾

Para abordar esta problemática en los últimos diez años se desarrolló vigorosamente, en el ámbito local e internacional, una corriente teórica que

(4) Véase “Un sistema que comienza a mostrar signos de desgaste”, en el periódico *Página 12*, 28/12/2009 [en línea], <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-137707-2009-12-28.html>, consultado el 15/12/2012.

propugna la necesidad de someter la actividad estatal a reglas de organización y parámetros de calidad que hasta entonces sólo eran aplicados al sector privado. Así, se habla de un “servicio de justicia” que no logra satisfacer a sus destinatarios. Bajo este prisma, el Poder Judicial es una organización que presta un servicio monopólico a clientes insatisfechos. De tal suerte, la solución al problema no puede ser otra que elevar la calidad del servicio hasta alcanzar los requerimientos de la demanda, esto es, la expectativa social.

Pero para recorrer ese camino debemos respondernos algunos interrogantes ¿Cómo es el “producto” que brinda o debería brindar ese “servicio”? ¿En qué consiste? ¿Qué es lo que el Poder Judicial debe prometer a sus llamados “usuarios”? ¿Qué es lo que debe entregar en cada caso? Seguramente, habrá tantas respuestas a estas preguntas como interlocutores. Por eso, es necesario buscar una pauta objetiva alrededor de la cual podamos construir un consenso.

En ese sentido, entendemos que los instrumentos internacionales de derechos humanos son una herramienta por demás útil. El art.10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que: “(t)oda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Asimismo, el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone que:

“... (t)oda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

A su tiempo, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos reza en su artículo 14:

“Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de

cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

Por su parte, el art. 6° del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales estatuye:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos a través de sus artículos 8° y 25 asegura un plexo de derechos que comprenden las garantías ya mencionadas. Del mismo modo, procede la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos en su art. 7°.

Estos textos constituyen la recepción normativa del principio de **tutela judicial efectiva** que, como quedó demostrado, tiene carácter universal. Dado que la justicia es un valor que comparte ese carácter, que no hay doctrinas y sistemas sociales que carezcan de una concepción de justicia,⁽⁵⁾ la respuesta a nuestra pregunta —si pretende ser definitiva— debe ser universalmente válida. Así pues, diremos que el “producto” que el “servicio de justicia” debe proveer es la tutela judicial efectiva.

Pero, este concepto, por muy válido que resulta, requiere una mayor precisión. ¿En qué consiste? ¿Cuál es su contenido y alcance? La doctrina se esfuerza en precisarlo en base a elaboraciones jurisprudenciales,⁽⁶⁾ pero ello nos conduciría a una multiplicidad de nuevos conceptos y, en consecuencia, a la necesidad de nuevas precisiones. Por eso, preferimos seguir al profesor Sesín que identifica a la tutela judicial efectiva —o, como él la

(5) FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de Filosofía*, Madrid, E-J, Ariel, 2009, p. 1979.

(6) PERRINO, PABLO E., “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, en *Revista de Derecho Público*, 2003-I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, pp. 257/294.

llama, el derecho público subjetivo a la jurisdicción— con el derecho a obtener una decisión fundada.⁽⁷⁾

He ahí el “producto” del “servicio de justicia” que todos sus “clientes” pueden demandar: una decisión fundada. ¿Bastará este producto para satisfacer las demandas sociales? ¿Debe ser esa nuestra máxima aspiración?

3 | La misión y la función de la Justicia

Una decisión fundada es condición necesaria de la tutela judicial efectiva, pero no suficiente. Como reclamantes o como terceros interesados en el desarrollo de nuestra comunidad esperamos mucho más de la Justicia. ¿Cómo salimos del atolladero?

Necesitamos ampliar nuestra visión, lograr un enfoque global que nos acerque a la respuesta que estamos buscando, salir del corsé que constituye la tríada “servicio-producto-cliente”. Se trata de establecer cuál es la misión y función del Poder Judicial para definir con claridad qué podemos esperar de él y qué debemos exigirle.

Entre misión y función hay una relación de género a especie, de modo que la primera constituye el marco de actuación dentro del cual se realiza la segunda. Dicho de otro modo, la misión es una meta, mientras que la función son las postas en el camino. Esto tiene dos implicancias fundamentales: no se puede alcanzar la meta sin cumplir las postas y éstas no deben desviarnos del sendero si queremos llegar a destino.

En términos prácticos, esto significa que la misión que asignemos al Poder Judicial no se logra ni se alcanza en un caso particular, en un fallo o en un expediente, sino a través de la suma de todos ellos. Consecuentemente, en cada acto jurisdiccional debe realizarse la función específicamente atribuida, para arribar a buen puerto. Esto es lo que todos podemos exigir del Poder Judicial y lo que quienes estamos involucrados con su gestión pública debemos custodiar.

(7) SESIN, DOMINGO, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial*, Bs. As., Depalma, 2004, p. 37.

¿Pero cuál es esa misión? Esta vez, no vamos a recurrir a declaraciones o convenios interestatales, porque la respuesta que buscamos tiene carácter contingente. Hay una misión para cada era, época o etapa, y aquélla no es el resultado de un acto de voluntad de los centros de poder o de los regentes de un Estado. Por el contrario, aparece como el producto de un intercambio circular permanente entre la cúspide y la base de la pirámide social.⁽⁸⁾

En ese orden de ideas, nos atrevemos a sostener que la misión del Poder Judicial hoy es disminuir los niveles de violencia. No hablamos de violencia al estilo Hobbes (*homo homini lupus*), de la guerra que devendría si cada uno quedara librado a su suerte y a la satisfacción de sus aspiraciones (*bellum omnium contra omnes*), sino de la violencia social que padecemos, en todas sus manifestaciones. La misión consiste en recrear los espacios de diálogo comunitario y suturar las heridas de la fragmentación social.

No es ésta una elucubración teórica ni, por mucho, un devaneo intelectual fútil. Quiere ser, en cambio, la traducción de una realidad contante y sonante. Entendemos que cada uno de nosotros, los que trabajamos en sus estructuras, los que requerimos su atención o los que la observamos expectantes, le hemos fijado esa meta a la Justicia. Muchos son los ejemplos que dan testimonio en este sentido. En la República Argentina, durante la crisis económica y social de 2001 —sin dudas la más grave de la que se tenga registro en el país en el último siglo—, cientos de miles de personas se volcaron en pocas semanas al reclamo judicial para proteger sus derechos y fueron doce juzgados federales los que afrontaron la carga. Sin la denodada labor de los hombres y mujeres de la Justicia —muchas veces reconociendo en fallos lo que había sido denegado en los hechos y otras simplemente dando un marco de contención a reclamaciones improcedentes o que debían ser postergadas—, las consecuencias de esa crisis habrían sido aún peores. Análogamente, la creciente judicialización de los asuntos políticos o de trascendencia institucional (sea para discutir proyectos de reforma constitucional, para impugnar políticas de Estado o para forzar debates legislativos) y el aumento constante de los índices de litigiosidad nos hablan del rol que le estamos exigiendo hoy a la Justicia.

Ahora bien, para procurar esta difícil misión es menester fijar una función acorde. Esa función, entendida como la tarea primordial y diaria que lleva

(8) MUCHEMBLED, ROBERT, *Una historia de la violencia. Del final de la Edad Media a la actualidad*, Madrid, Paidós, 2010, p. 152.

adelante el aparato judicial, equivale al “producto” del que hemos hablado antes. De tal suerte, **la función del Poder Judicial es proveer la tutela judicial efectiva**. Pero como ya dijimos, el contenido de esa tutela no se agota en una decisión fundada. Si la meta es la disminución de los niveles de violencia, un acto jurisdiccional fundado es apenas uno de los componentes de nuestra posta.

¿Qué más hace falta? Para hallar la respuesta queremos seguir al sociólogo Bauman y su desarrollo acerca de la “modernidad líquida” y la sociedad de consumidores.

El teórico de origen polaco caracteriza a la modernidad líquida como un estado de desregulación y desrutinización de la conducta humana, en relación directa con el proceso de colapso de los vínculos interpersonales, conocido como “individualización”. En ese marco, se inserta la sociedad de consumidores cuya nota central es su capacidad para esfumar las fronteras entre los sujetos consumidores y los productos consumibles, de suerte que los primeros se transforman en los segundos. Es una sociedad dominada por un “fetichismo de la subjetividad” que (al modo del fetichismo de la mercancía de la sociedad de productores) oculta ese proceso de transformación y cosifica a la subjetividad reduciéndola a una colección de elecciones de consumo. De este modo, la característica constituyente del sujeto es su capacidad de consumir; “compro, luego existo (...) como sujeto”, sostiene Bauman.

La sociedad de consumidores, como ninguna otra en la historia humana, promete felicidad terrenal, aquí y ahora; felicidad instantánea y perpetua. Abjura de toda infelicidad (a salvo, claro, el dolor infringido a los “delincuentes” como “justo castigo”), pero la brecha entre las expectativas de felicidad y la realidad no se explica como un error, sino como una condición de buen funcionamiento de la sociedad.

En este esquema, la sociedad se revela como un instrumento para neutralizar (no reducir, neutralizar) la responsabilidad ética sobre el otro. Sería una estratagema:

“...para que los hombres, endémicamente morales, puedan acceder a una vida autocentrada, egoísta y autorreferente, gracias a la amputación, la neutralización o el silenciamiento de esa in-

quietante 'responsabilidad del Otro' que surge cada vez que aparece el rostro del Otro. Una responsabilidad, por cierto, inseparable de la convivencia humana...".⁽⁹⁾

Hay en ella un mecanismo de exclusión inapelable y brutal. En la sociedad de productores los inadaptados (esto es, los que no podían producir —los desempleados— y los que eran rechazados para desempeñarse en la milicia) eran beneficiarios de asistencia, en un caso, y de rehabilitación, en el otro. En la configuración actual, todos nacemos consumidores *de jure* y debemos pasar la "prueba del consumo", pero el fracaso es intolerable porque "¿qué nos prohíbe consumir?". Así pues, quienes no superan la prueba se constituyen en "consumidores fallados". Son la **infrac clase**, aquéllos que aparecen como "los pobres" o "los que viven debajo de la línea de la pobreza".

El regente, el que traza la línea entre la inclusión y la marginación total es **el mercado**. Una entelequia que no tiene rama ejecutiva, legislativa ni judicial. No hay en él puertas por tocar ni oficinas donde hacer trámites o reclamos. Su decisión es inapelable y eso lo convierte en el soberano absoluto. Así, se socava la **soberanía del Estado**. Paradójicamente, ese proceso de vaciamiento de poder es profundizado por una de sus víctimas, los políticos. Lo hacen cada vez que entregan el debate político a los técnicos del mercado, cada vez que responden al reclamo de los damnificados, de la sociedad con la respuesta "no hay alternativa".

Ahora bien, la propia idea de **infrac clase** deja expuesta a la sociedad de consumidores como una que se concibe como algo más pequeño que la suma de todas sus partes. Un ciudadano, un miembro de la sociedad, es sólo el que tiene capacidad de consumo. El pobre, por tanto, es presentado como un infractor. Su historia se escribe en clave de perversión y no de privación. Es un ser pecaminoso, negligente, carente de principios morales que reniega de las leyes supremas del mercado. Es allí donde la prisión aparece para reemplazar a las instituciones de bienestar social.

¿Cómo contener toda esta brutalidad? Bauman nos habla de la necesidad de reafirmar un **Estado Social**, al que presenta como una condición de super-

(9) BAUMAN, ZYGMUNT, *Vida de consumo*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 76.

vivencia de la democracia liberal. Explica que “(u)n Estado es social cuando promueve el principio, comunitariamente respaldado, de prevención colectiva como protección contra los infortunios personales y sus consecuencias”.⁽¹⁰⁾ La práctica generalizada de la protección colectiva se opone a la idea de la sociedad como instrumento para neutralizar la “responsabilidad sobre el otro” y convierte a esta última en una verdadera comunidad. Y así, sus miembros son elevados a la categoría de ciudadanos, no ya como meros seres capaces de consumo, sino como personas interdependientes que reúnen la doble condición de hacedores y beneficiarios del sistema de bienestar social, como “individuos con enorme interés por el bien común entendido como una red de instituciones compartidas en las que se puede confiar, y de las que se puede esperar que garanticen la solidez y la confiabilidad del ‘seguro de vida colectivo’ emitido por el Estado”.⁽¹¹⁾ De esta manera, se revitaliza también la acción política, instrumento indispensable de la construcción cotidiana del sentimiento de integración comunitaria.

“(S)in seguridad colectiva —apunta Bauman— difícilmente pueda haber demasiado estímulo para el compromiso político, y menos aún para la participación en el ritual democrático de las elecciones, ya que resulta muy improbable que la salvación provenga de un Estado político que no es, y se niega a ser, un **Estado social**. Sin derechos sociales **para todos** una gran cantidad de personas sentirán que sus derechos políticos son inservibles e indignos de atención”.⁽¹²⁾

Desde estas premisas, inferimos y sostenemos que la función del Poder Judicial debe ser una capaz de realizar el principio de protección colectiva. Dicho más claramente, la **función de la justicia es proveer tutela judicial efectiva**, entendida como una **decisión fundada que reafirma la vigencia de un Estado Social de Derecho**.

Pero, todavía necesitamos precisar un poco más este concepto, traducir sus implicancias sociológicas en fórmulas jurídicas. Para ello, echaremos mano una vez más a los consensos planetarios.

(10) *Ibid.*, p. 188.

(11) *Ibid.*, p. 189.

(12) *Ibid.*, p. 190 énfasis agregado (resaltado).

Ya en la primera mitad del siglo XX, el preámbulo de la **Constitución de la Organización Internacional del Trabajo** declaró que “la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”.

En sentido análogo, la **Carta de la Organización de los Estados Americanos** proclamó en su preámbulo 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”.

Más próximo a nuestros días, el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** afirma en su preámbulo que:

“...con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

Del mismo modo, el preámbulo de la **Convención Americana de Derechos Humanos** sostiene que:

“...con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

Entonces, para reafirmar la vigencia de un **Estado Social de Derecho**, el Poder Judicial debe asegurar en cada una de sus decisiones la realización de los derechos económicos, sociales y culturales involucrados o, lo que es igual, debe proveer **justicia social**. El alcance y la extensión de este valor variará de una comunidad a la otra y corresponde a sus operadores judiciales definirlo. En el caso de la Argentina, nuestra Corte Suprema de

Justicia ya lo ha hecho. En el caso “Berçaitz” del año 1974, el cimero Tribunal dijo que:

“... ‘el objetivo preeminente’ de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el ‘bienestar general’,⁽¹³⁾ lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización”.⁽¹⁴⁾

Este criterio fue reiterado un año más tarde cuando se indicó, nuevamente, que uno de los fines de nuestra Carta Magna es lograr la justicia social.⁽¹⁵⁾

Aún más, al resolver el caso “Aquino” en el año 2004, la Corte Suprema recordó su definición de justicia social con cita textual del precedente “Berçaitz” y agregó que aquélla “es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el ‘bienestar’, esto es, ‘las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad’”.⁽¹⁶⁾ Finalmente, en el caso “Gentini” del año 2008, la Corte ratificó la actualidad y vigencia de cada uno de los conceptos de esta línea jurisprudencial, mediante la invocación y cita de los pronunciamientos recaídos en “Berçaitz” y en “Aquino”.⁽¹⁷⁾

4 | El rol de la política judicial

Hasta aquí, hemos establecido la misión (disminuir los niveles de violencia social) y función (proveer tutela judicial efectiva, entendida en cada caso concreto como una decisión fundada que asegure la vigencia de un Estado Social de Derecho mediante la justicia social) del Poder Judicial. ¿Qué rol le cabe a la política judicial en ese marco? ¿Cómo debe estructurarse?

(13) Fallos 278:313.

(14) Fallos 289:430.

(15) Fallos 293:26.

(16) Fallos 327:3753.

(17) Fallos 331:1815.

Una política judicial que aspire a alcanzar las metas trazadas anteriormente debe asentarse en dos pilares fundamentales. Como primera medida, le urge **concientizar o recuperar la conciencia del Poder Judicial como órgano de gobierno.**

Es usual hablar de la rama jurisdiccional del Estado como una de las manifestaciones esenciales de su gobierno; constituye una verdad pacíficamente aceptada. A pesar de ello, los actores de esa importante faz estatal no se reconocen como actores del poder instituido y, en cambio, suelen percibirse y presentarse a sí mismos como meros agentes técnicos de la ley que no participan en la conformación diaria de la realidad social. Esto puede explicarse por varias razones.

Al tope de la lista debe ubicarse el factor cultural. Nuestra práctica legislativa codificadora unida a la concepción del juez como “mera boca de la ley” (Montesquieu) y su consecuencia teórica, el método exegético — que aún goza de excelente salud, al menos en la academia iusprivatista argentina—, contribuyeron a moldear un Poder Judicial que desconoce la trascendencia —en la acepción literal del término— de sus decisiones. En efecto, “(l)a primacía de la norma escrita en la tradición continental ciertamente no elimina la posibilidad de que los jueces con su creatividad generen normas jurídicas, pero de todas formas los relega a un segundo plano en donde su papel consiste en llenar vacíos”.⁽¹⁸⁾ Por si fuera poco, los países iberoamericanos hemos abrazado la **teoría pura del derecho** de Kelsen y extrapolamos las conclusiones de una elaboración lógica impecable focalizada en los sistemas jurídicos a todo el universo social; así creímos que el buen derecho nace separado de la moral y la política y que entre las reglas del dominó y una constitución sólo hay una diferencia de grados. Finalmente, la noble y constante lucha por construir la independencia judicial más sólida posible, con una estructura jurisdiccional inmune a los intereses de los gobiernos de turno, muchas veces derivó en la absurda negación de la política toda.

No podemos soslayar tampoco la cuestión educativa. En las facultades de derecho se imparten y enseñan las doctrinas como el resultado de una disputa racional, como si se tratara de las conclusiones nacidas de la más

(18) SCHUCK, PETER, “El poder judicial en una democracia”, en Saba, Roberto y *et al*, *Los límites de la democracia*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005, p. 331.

estricta y aséptica lógica jurídica. Se encubre de este modo su núcleo político, su carácter de emergente de una puja distributiva.⁽¹⁹⁾

Tal como han sabido señalarlo los teóricos de los *Critical Legal Studies*, las escuelas de leyes forman a sus estudiantes en un profesionalismo autoritario y los educan en un modelo de relación de poder que los prepara para dominar al cliente pobre o débil y, en cambio, someterse al poderoso. Los planes de estudio, desprovistos en su mayoría de toda nota política y con un claro sesgo estabilizante, nos dicen que el sistema vigente tiene mucho sentido y que es difícil pensar uno mejor o, al menos, distinto.⁽²⁰⁾

“Las cosas que conocemos y aprendemos en la facultad de derecho refuerzan la tendencia de las personas normales de clase media a ser bastante ignorantes, a no entrar en contacto con las realidades más brutales del funcionamiento de nuestro sistema (...) Entonces, el sistema educativo produce esta clase jurídica ultrapoderosa que posee una perspectiva social bastante estrecha sobre cuáles serán las consecuencias del poder que va a ejercer”.⁽²¹⁾

Es así que los razonamientos judiciales tienden a enmascarar las políticas que los animan, aun cuando esas políticas impactan directamente sobre quién recibe qué en el sistema.⁽²²⁾ Pero entiéndase bien: no propugnamos un “imperialismo judicial”. No desconocemos que los jueces no están capacitados para gobernar en el sentido que esperamos que lo hagan las ramas ejecutiva o legislativa, ni deben tampoco intentar actuar así. Pues

“...una comparación sucinta entre las facultades de las que gozan los tribunales para establecer políticas públicas con aquellas propias de las agencias administrativas y las corporaciones legislativas, revela las graves limitaciones que afectan a la capacidad de los tribunales para adelantar la función de establecimiento de políticas públicas”.

(19) KENNEDY, DUNCAN, *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2012, pp. 88/89.

(20) *Ibid.*, pp. 91/92.

(21) *Ibid.*, pp. 92/93.

(22) *Ibid.*, p. 90.

Es claro, por lo demás, que “los tribunales no cuentan con ningún elemento confiable y contundente de retroalimentación para mensurar los efectos reales a los que conducen sus políticas”.⁽²³⁾ Pero este argumento, aunque útil y acertado, sólo es válido para oponerlo a la invasión de competencias, al “desequilibrio” de poderes.

No se trata de instaurar el “gobierno de los jueces”, sino de reconocer que los jueces también gobiernan a través de sus actos, especialmente en las democracias constitucionales como las nuestras, donde rige el control judicial de constitucionalidad. Como explica un reputado profesor argentino:

“(s)ostener que existe una ‘judicialización de la política’ [o ‘politización de la justicia’, me permito agregar] presupone afirmar que los reclamos de derechos (...) equivalen para algunos a reclamos de intereses como los que entran en juego en la discusión parlamentaria o en las agencias de la administración. Creo que sólo equiparando derechos con intereses podemos confundir la acción de la justicia con una acción ‘política’ en el sentido de ‘partidaria’”.⁽²⁴⁾

Recuperar la conciencia del Poder Judicial como órgano de gobierno es uno de los pilares fundamentales de la política judicial, para dotar a los jueces de los recursos físicos, humanos e intelectuales indispensables para ejercer útil y responsablemente (es decir, en pos de la misión y función de la Justicia y dentro de las limitaciones constitucionales) ese gobierno.

En segundo lugar, la política judicial debe **reivindicar la gestión política en desmedro de la tecnocracia**. Así como los jueces deben reconocer su función política de gobierno, así, debemos proceder quienes tenemos a cargo la tarea de administrar los destinos de la rama judicial. No alcanza

(23) SCHUCK, PETER, *op. cit.*, p. 337; HOLMES, STEPHEN y SUNSTEIN, CASS, *El costo de los derechos. Por qué los derechos dependen de los impuestos*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2012, pp. 117/120.

(24) SABA, ROBERTO, “Las decisiones constitucionales de Ulises. Acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional en Argentina”, en Saba, Roberto y et al, *Los límites de la democracia*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005, p. 284. En contra, HOLMES, STEPHEN y SUNSTEIN, CASS, *op. cit.*, pp. 121/129, consideran a los derechos como “intereses especiales”.

con elaborar estadísticas, incorporar nuevas tecnologías o aplicar parámetros de calidad importados del sector privado.

No sorprendemos a nadie si decimos que el Poder Judicial es una corporación altamente burocratizada y, por ello, reacia a las innovaciones de gestión. En esta materia ha padecido y padece un notable retraso, incluso en comparación con otras ramas del Estado. Pero, lo interesante de esta deficiencia es que puede representar una ventaja.

Los tiempos del debate y la implementación de nuevas formas de gestión en el Poder Judicial son tan lentos que hace apenas diez años que comenzaron a instalarse primero y expandirse después las ideas de “servicio de justicia”, “usuarios del servicio” (clientes) y calidad de producto. Son todos criterios que responden a una lógica de mercado y cuya traslación y aplicación, sin matices en el sector público, ya hemos conocido en otras áreas. ¿O no son esos criterios los que se aplicaron para la venta de empresas estatales, la eliminación de las regulaciones de la actividad financiera o la reducción del gasto público? El **Consenso de Washington** que inspiró las “reformas del Estado” en toda Latinoamérica, con base en la idea de dejar librado a las fuerzas del mercado la distribución de los esfuerzos y recursos como garantía de desarrollo, vino a prometernos el éxito de una nueva forma de gestión después de haber fracasado estrepitosamente. Las sucesivas crisis económicas, sociales y políticas que se vivieron en la región (y que ahora se replican en los centros de poder mundial) gracias a la claudicación de la clase política ante la tecnocracia del mercado parecen haber pasado desapercibidas para los profetas de la “calidad en el servicio de justicia”. Podemos tomar ventaja del doloroso aprendizaje que experimentamos como sociedad, no necesitamos llegar al colapso y completa deslegitimación del Poder Judicial para descubrir que las prácticas tecnocráticas no nos sirven. Es menester, en cambio, someter la técnica a la política y emplear herramientas propias del sector privado, sólo cuando sean útiles para alcanzar el fin y realizar la función de la Justicia. Y debemos optar por la gestión política para desechar los instrumentos que no son aptos para esos fines y para desarrollar otros que sí lo sean.

Por ello, para **reivindicar la gestión política en desmedro de la tecnocracia**, nuestro primer acto debe consistir en dejar atrás la idea del “servicio de justicia” (con sus consecuentes lógicos, “producto”, “cliente”). La justicia no es un servicio (al menos como la entienden los activistas de la calidad) por

dos razones fundamentales. En primer lugar, porque no tiene “clientes”: no hay una relación bilateral entre un deudor (el Estado) y un acreedor (el justiciable), ya que las decisiones judiciales (el “producto” de la justicia) inciden y tienen efecto transformador sobre la realidad social toda, más allá de los intereses particulares en juego. Del mismo modo, la contraposición y rivalidad de las eventuales acreencias (víctima vs. imputado, actor vs. demandado) dejan en evidencia que el tribunal nunca podrá cumplir con la máxima “el cliente siempre tiene la razón”, porque una de las partes siempre quedará disconforme: no son clientes, ni usuarios, son personas de carne y hueso que acuden en busca de una respuesta favorable.

En segundo lugar, pero íntimamente vinculado con lo expuesto en el párrafo anterior, la justicia no es un servicio porque no se puede exigir satisfacción (en sentido económico) sobre su producto (la decisión), sino apenas sobre el proceso. Podemos y debemos exigir que se sigan y respeten ciertas reglas y formas en la actuación judicial, pero nunca podremos exigir una decisión determinada.

Pero si no es un servicio, ¿qué es, entonces? Desde la concepción que proponemos, sostenemos que la justicia es una función social básica e indelegable del Estado. Es una función, porque no es una utopía, es una tarea propia del aparato estatal. Es social porque los resultados de esa tarea exceden los intereses de las partes involucradas y comprometen la subsistencia de la sociedad toda —podemos agregar, según nuestra visión, que debe ser social, porque debe contribuir a la realización de la justicia social—. Es básica porque es un elemento esencial y constitutivo de toda comunidad política, según lo demuestran la experiencia histórica (todos los regímenes, democráticos o no han contado con un sistema de justicia) y la teoría (desde Aristóteles, padre del constitucionalismo, hasta Max Weber, prominente sociólogo de nuestros tiempos), al punto que se ha dicho con acierto que “sin tribunales no hay gobierno”.⁽²⁵⁾ Es indelegable porque la administración de justicia no es sólo la capacidad de decir el derecho, sino también de ejecutar coercitivamente esa afirmación, de modo que el monopolio de la fuerza supone o implica el monopolio de la función jurisdiccional (esto no importa desconocer prácticas autoregulatorias como la mediación, la conciliación o el arbitraje pero ellas son útiles

.....

(25) SCHUCK, PETER, *op. cit.*, p. 327.

sólo en la medida en que sus convenciones pueden, en última instancia, ejecutarse judicialmente).

5 | Las políticas judiciales

Ahora que definimos qué es la justicia, cuál es su misión y función y qué rol debe cumplir la política judicial en ese marco, es hora de fijar los principales ejes de acción para la gestión política del Poder Judicial. Lo que sigue es apenas una enumeración perfectible y en constante evolución. Traduce nuestras preocupaciones, inquietudes, saberes y experiencias y, por ello, necesita ser enriquecida con el debate permanente. Asimismo, aún a riesgo de ser redundante, remarcamos que estos ejes o programas de acción, o cualesquiera otros que quisieran implementarse en el futuro, han sido y deben ser seleccionados y ejecutados sólo en cuanto son aptos para poner al Poder Judicial en condiciones de alcanzar la meta trazada (disminuir los niveles de violencia) y cumplir su función propia — tutela judicial efectiva o decisión fundada que asegure un Estado Social de Derecho mediante la justicia social—. Con estas aclaraciones hechas, veamos la propuesta.

5.1 | Ejes de acción

5.1.1. Acceso a la justicia

Es necesario llevar a cabo un fuerte trabajo de vinculación universitaria para nutrir al Poder Judicial de fuerzas jóvenes y modernamente educadas, pero también para terminar con el paradigma de la formación que produce una clase jurídica ultrapoderosa con una perspectiva social estrecha sobre las consecuencias del poder que va a ejercer. Los términos del intercambio entre la Universidad y el Poder Judicial no pueden agotarse en el binomio “trabajador temporario-entrenamiento forense”. El aparato jurisdiccional debe verter en el aula universitaria, a través de los alumnos avanzados que incorpore, una visión realista y responsable de la labor de los operadores judiciales, para beneficiarse de los debates teóricos que así se promuevan.

Del mismo modo, es menester comprometer todos los recursos posibles para el constante fortalecimiento de la defensa pública. No es novedad

que el sistema de justicia penal es selectivo y que en el universo de personas condenadas priman los hombres y mujeres de bajos recursos económicos. Pero esto representa apenas una parte del problema. Hay que asegurar a todos los imputados una defensa eficaz, pero el cuerpo de abogados de la defensa pública debe proveer además una vía legítima de acceso a la justicia no penal. En este tiempo en el que, como ya dijimos, los tribunales se han convertido en la arena de importantes disputas político-sociales se corre el riesgo de silenciar aún más a quienes no pueden costear un abogado.

La baja estima de algunos partidos políticos en el sentir comunitario ha debilitado la forma de organización básica de los grupos sociales para la promoción y defensa de sus intereses y derechos. En proporción inversa, las organizaciones no gubernamentales (ONG) han incrementado su número y promueven activamente el litigio judicial como medio para instalar su agenda y realizar sus programas.

“Algunos observadores entusiastas de las nuevas tendencias aplauden que el vacío dejado por las retirada masiva de los ciudadanos —reencarnados como consumidores— de los campos de batalla de la política se haya llenado con el ‘activismo consumista’ ostensiblemente no partidario y apolítico. Sin embargo, el problema de esta clase de reemplazo es que no acrecienta las filas de hombres y mujeres con ‘conciencia social’ comprometidos con la agenda pública, sino que se limita a organizar el *lobby* de ciertos grupos de interés sobre una premisa antidemocrática: los individuos no electos pero con valores morales elevados tiene mayor derecho a actuar en nombre del público que los políticos surgidos de una democracia imperfecta”.⁽²⁶⁾

En este contexto, la defensa pública debe cumplir un rol fundamental para sostener un Estado Social y Democrático de Derecho. Abrir sus puertas a las mayorías silentes para encauzar sus reclamos ante la justicia es condición indispensable para evitar que la puja distributiva que traduce todo litigio con base constitucional se defina en favor de quienes pueden contratar un abogado u organizarse para promover su *lobby*.

(26) BAUMAN, ZYGMUNT, *op. cit.*, p. 196.

5.1.2. Inclusión

La carrera judicial debe ser abierta a la sociedad y contar con un escalafón que garantice las condiciones necesarias para el ascenso fundado en el mérito y el esfuerzo. El ingreso debe ser asequible para cualquiera que reúna mínimas condiciones de idoneidad y debe ser programado, de suerte que asegure la representatividad de todos los sectores de la comunidad.

La integración de la Magistratura, tanto en el área jurisdiccional como en lo referente a representantes del Ministerio Público (sean ellos fiscales, defensores o asesores tutelares, según la estructura judicial de que se trate) debe asegurar la diversidad de sexo pero también, de acuerdo con la composición de la comunidad, de raza, etnia, religión y grupo social. No desconocemos que la población universitaria constituye por su sola condición de tal una élite, pero el proceso de selección de candidatos debe contemplar, también, el origen y pertenencia social como factor de elegibilidad.

El gobierno del Poder Judicial debe contar con participación directa de sus empleados. En Latinoamérica, según la División de Estadísticas de Naciones Unidas,⁽²⁷⁾ apenas seis países concentran poco más del setenta y cinco por ciento (75%) de la población regional; ellos son, en orden descendiente: México, Brasil, Colombia, Argentina, Perú y Venezuela. A excepción de estos dos últimos, los restantes han instituido un órgano colegiado para administrar sus Poderes Judiciales Nacionales; el Consejo de la Judicatura Federal en México, el Consejo Nacional de Justicia en Brasil, el Consejo Superior de la Judicatura en Colombia y el Consejo de la Magistratura de la Nación en Argentina. En ninguno de estos órganos están representados los empleados, como tampoco lo están en la Dirección Nacional de la Magistratura dependiente del Tribunal Supremo de Justicia, en Venezuela.

La integración de estos órganos muestra tres variantes. En primer lugar, la representación judicial exclusiva, en la que sólo los magistrados administran el Poder Judicial; es el caso de Colombia y Venezuela. En segundo lugar, la representación mixta, donde conviven jueces y representantes de las otras ramas del Estado (la legislativa y la ejecutiva), tal como sucede en México. Por último, la representación mixta ampliada que, además de

(27) Para mayor información, ver: <http://data.un.org/Default.aspx>

jueces y agentes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, suma a representantes de la corporación de abogados; así, Brasil, Argentina y Perú. De tal modo, los aparatos judiciales que deciden sobre la vida, la libertad y el honor del setenta y cinco por ciento (75%) de los más de quinientos setenta y cinco millones (575.000.000) de latinoamericanos son gestionados sin el voto de los trabajadores que los sostienen.

5.1.3. Incorporación de Nuevas Tecnologías

No vamos a dar precisiones acerca de qué instrumentos tecnológicos o procesos automatizados de información deben introducirse, porque el vértigo y la velocidad con los que se desarrollan las innovaciones convertirían a esta lista en obsoleta en pocos meses. En cambio, sí diremos que toda la ciencia y la técnica deben estar puestas al servicio del hombre, con el ser humano como centro indiscutido de su uso y fin. Esto significa que las innovaciones de cualquier tipo deben ser adecuadas a la misión y función de la Justicia.

Nuestro esfuerzo, por tanto, debe concentrarse en tres áreas. El uso de plataformas multimedia es imperioso para acercar las acciones judiciales, en su faz administrativa y también jurisdiccional, a sus destinatarios: los miembros de la comunidad. En segundo lugar, debemos lograr el desarrollo, implantación y uso de programas informáticos de gestión, nuevamente tanto para los procesos administrativos como para los judiciales. Esto no sólo redundará en un manejo más eficiente de los recursos, sino que permitirá un más sencillo control externo de la actuación por los órganos competentes y por cualquier interesado con título suficiente para hacerlo.

Finalmente, debemos dar todos los pasos que sean necesarios para poner en marcha el expediente electrónico. Pero atención, no se trata de emular las viejas prácticas o mantener la cultura de las actas y los escritos, ahora reconvertidos en *bits* de información: escanear demandas o voluminosos cuerpos de documentación sólo para terminar centralizando la impresión del así conformado expediente en un despacho judicial no tiene absolutamente nada de innovador. El desafío consiste en procurarnos las herramientas necesarias para disminuir los tiempos procesales (notificación electrónica, por ejemplo) y el despilfarro de nuestros recursos humanos en tareas rutinarias (elaboración de listas, sellado de documentos, búsquedas de materiales archivados en lugares inhóspitos, etc.) para concentrar la

mayor cantidad de horas posibles en la atención directa de los conflictos sometidos a conocimiento del juez.

Un refrán popular asegura que “hablando la gente se entiende”. Parece que esa máxima no llegó todavía a nuestras estructuras judiciales, anquilosadas en los procedimientos escritos de duración insoportable. El desafío consiste, pues en implementar las innovaciones que sean útiles para **oralizar** los procesos en todo cuanto sea posible. Si el acento de nuestro enfoque está puesto en el hombre, si la misión última es disminuir los niveles de violencia, entonces tenemos que poner en una misma sala, frente a frente, al Juez, al reclamante y a su contraparte. ¿No es eso revolucionario?

5.1.4. Comunicación

Los actos de gobierno del Poder Judicial, tanto los internos (de administración) como los externos (las decisiones judiciales), deben transparentarse de cara a la comunidad. Esta medida permitirá incrementar el debate sobre la **cosa pública** y redundará en el fortalecimiento de la jurisdicción, porque el compromiso deliberativo mejorará los argumentos de los fallos y orientará los actos de gestión a sus más altos fines.

Para ello, debemos hacer más claro el mensaje del Poder Judicial y mejorar la forma en que aquél se difunde. Se trata, en primer lugar, de hacer más accesible el lenguaje empleado en los actos judiciales. En este sentido, más allá de toda intuición y conocimiento que podemos compartir sobre lo alambicado del lenguaje forense y hasta lo defectuoso de sus técnicas de redacción, nos permitimos referirnos al “Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico”, producido en el ámbito del Ministerio de Justicia del Reino de España.⁽²⁸⁾ Allí se consignan algunas recomendaciones que podemos hacer nuestras como objetivos; a saber: a) incorporar en los planes de estudios universitarios materias que enseñen a construir discursos escritos y orales claros, así como a adaptar el uso del lenguaje al destinatario; b) exigir habilidades mínimas de expresión oral y escrita, para ingresar en la carrera judicial, primero y para aspirar a la

(28) AAVV, Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico, Gobierno de España, Ministerio de Justicia [en línea] http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292346-648731?blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3drecomendaciones_de_la_comisi%3%93n_de_modernizaci%3%93n_del_lenguaje_jur%3%8ddico.pdf, consultado el 15-12-2012

magistratura, después; c) ofrecer materiales de autoayuda legal de actualización periódica y difusión masiva, en la mayor cantidad de plataformas y de presencia permanente en el portal web del Poder Judicial; d) elaborar las planillas o formularios procesales (tales como modelos de actas, de cédulas de notificación, etc.) con la ayuda de profesionales del lenguaje; y e) incorporar tecnologías a los procesadores de palabras tales como analizadores gramaticales y estadísticos de textos (longitud de las frases, número de oraciones, longitud media de las palabras, etc.), así como programas de escritura semiautomática empleados por los profesionales de la interpretación y traducción.

En paralelo, debemos también tomar las riendas de la comunicación. Es frecuente que los fallos sean motivo de comentario o reseña en crónicas gráficas, radiales o televisivas, a través de distintas plataformas. Es común también que se deslicen graves errores en esas referencias. Por ello, debemos trabajar en dos órdenes. Primero, en la conformación y sostenimiento de una herramienta de difusión propia del Poder Judicial que asegure la integridad del mensaje, la claridad de sus contenidos y la llegada a sus destinatarios. Luego, en la capacitación de periodistas y comunicadores, para brindarles las herramientas necesarias a fin de facilitar, aún más, la correcta comprensión de los textos jurídicos. Un ejemplo por demás elocuente sobre la utilidad de desarrollar una herramienta comunicacional propia lo constituye el caso del "Centro de Información Judicial", el portal que "funciona como un canal online de difusión permanente de la información producida por el Poder Judicial, y permite que las decisiones de los jueces de todo el país puedan ser divulgadas y explicadas técnicamente en un lenguaje llano y accesible para toda la sociedad".⁽²⁹⁾

5.1.5. Capacitación

La política judicial debe tener en sus principales prioridades a la capacitación continua de todos los hombres y mujeres que trabajan a diario en el Poder Judicial, sean ellos empleados, funcionarios o magistrados. Esa instrucción debe ser obligatoria para la carrera judicial y para el correcto desempeño de la función jurisdiccional. Los ejes temáticos deben comprender lógicamente lo jurídico en su faz práctica, pero también lo

(29) S/a, CSJN, "Justicia Argentina On Line. La creación de la Agencia de Noticias del Poder Judicial", 2011, [en línea] www.cij.gov.ar, consultado el 15/12/2012.

vinculado con la gestión de conflictos y la cosmovisión de un Poder Judicial propio de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Todos estos ejes constituyen, a nuestro entender, la política judicial que nos urge poner en marcha para darle vida a un Poder Judicial capaz de perseguir su meta incuestionable de disminuir la violencia y contribuir a la paz de la comunidad. Ellos pretenden dotar al aparato jurisdiccional de los recursos necesarios para que los tribunales nos provean, en la medida de su capacidad y en cuanto son llamados a hacer, justicia social. Una justicia que, en su formulación más elemental, no consiste en otra cosa que, como dijo el Presidente Hipólito Yrigoyen, lograr que “bajo la bóveda del cielo argentino no haya un sólo desamparado”⁽³⁰⁾ o, como escribió el Presidente Juan Perón, que “todos puedan ser un poco más felices y un poco menos desgraciados”.⁽³¹⁾

6 | Conclusiones

Hemos presentado y propuesto algunas ideas que esperamos sean útiles para la discusión. Sumariamente, ellas son las siguientes:

- La Justicia de nuestros días está sometida a fuertes demandas y sufre una bajísima estima de parte de sus destinatarios.
- Una corriente teórica actual explica el fenómeno como la insatisfacción de los “clientes” (justiciables) por la baja calidad del “producto” (decisión judicial) que brinda el “servicio de justicia”. Sería menester, por tanto, elevar la calidad hasta alcanzar el nivel de satisfacción.
- Sin embargo, no es posible hacer tal cosa sin antes definir concreta y claramente cuál sería ese “producto”. A partir de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, lo identificamos como “tutela judicial efectiva”, consistente en no menos pero no más que “una decisión fundada”.
- Este enfoque no permitirá resolver el problema, porque el contenido propuesto para la “tutela judicial efectiva” tiene gusto a poco en el contexto de hoy; como sociedad esperamos más de la Justicia. Debemos ampliar el espectro,

(30) Puede ampliarse este concepto en CATALANO, LUCIANO, *Plan constructivo del radicalismo: el libro de las masas productoras*, Bs. As., Laboratorio Social, 1933.

(31) PERÓN, JUAN D., *Doctrina Peronista. Filosofía política y Social*, Bs. As., Fidelius, 1947.

definir una misión y una función de la Justicia acorde con nuestras necesidades y expectativas.

- Así pues, sostuvimos que la misión del Poder Judicial es disminuir los niveles de violencia social, y lo fundamos en la observación directa de la comunidad, donde el índice de litigiosidad está en constante aumento y las más variadas disputas sociales y políticas son llevadas a los estrados judiciales.
- Luego, nuevamente con apoyo en declaraciones y pactos de derechos humanos, y con base en la elaboración teórica de la "modernidad líquida" y la sociedad de consumidores (Bauman), afirmamos que la función del Poder Judicial es proveer tutela judicial efectiva, entendida en cada caso concreto como una decisión fundada que asegure la vigencia de un Estado Social de Derecho mediante la justicia social.
- En ese contexto, la política judicial debe apoyarse en dos pilares fundamentales: recuperar la conciencia del Poder Judicial como órgano de gobierno y reivindicar la gestión política en desmedro de la tecnocracia.
- La Justicia no es un servicio, sino una función social básica e indelegable del Estado.
- Dentro de ese marco, para hacer posible la misión elegida y realizable la función delineada, la política judicial necesita recorrer cinco ejes, que tendrán al hombre de carne y hueso como punto de partida y fin último: acceso a la justicia, inclusión, tecnología, comunicación y capacitación.
- Necesitamos debatir y elaborar un concepto de justicia que nos sea propio, para trazar luego la meta que queremos alcanzar y el camino que habremos de seguir para ello. Estas palabras pretenden, cuanto menos, dar el puntapié inicial para ese debate. No podemos darnos el lujo de resignar la discusión y reducir toda nuestra labor a la utilización de técnicas en boga.

Nuestro deber, como actores de la política judicial, como hombres y mujeres comprometidos con la buena marcha de uno de los Poderes del Estado, es ponernos al frente de la gestión con algo más que estadísticas, encuestas y estudios de calidad. Un Poder Judicial más humano, capaz de reforzar los vínculos comunitarios, está ahí, a nuestro alcance. Ha llegado la hora de tomarlo y hacerlo realidad.

Las medidas cautelares contra el Estado o sus entes descentralizados según la ley 26.854

Análisis de pertinencia y proyecciones de algunos aspectos de su regulación

por **MARÍA FERNANDA LOMBARDO**⁽¹⁾

I |

A través de las líneas que siguen aspiro a desarrollar algunos tópicos acerca de la recientemente promulgada ley 26.854 —sobre medidas cautelares en procesos en que el Estado nacional o alguno de sus entes descentralizados es parte (en adelante, “ley sobre medidas cautelares contra el Estado” o “la ley”, indistintamente)—. El recorrido que propongo conduce, a la vez, a transitar un sendero signado por el análisis de dos aspectos de la nueva regulación, que poseen su faz normativa y su faz valorativa: (i) la pertinencia de la instauración de un régimen específico; (ii) algunas notas sobre aspectos sustanciales de la nueva regulación.

(1) Abogada. Relatora en el TSJ-CABA. Jefa de trabajos prácticos en Elementos del Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UBA; Profesora Adjunta en Derecho Constitucional y Derechos Humanos I y II, Instituto Superior de Seguridad Pública, CABA.

2 |

La necesidad de establecer una regulación específica para el trámite de las medidas cautelares en los procesos en los que el Estado nacional (o alguno de sus entes descentralizados) es parte apareció en la agenda social hace ya un tiempo, y probablemente se ha instalado fuertemente a partir de la proyección que tomaron las pautas que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, "CSJN" o "la Corte", indistintamente) fijó en la sentencia registrada en Fallos 333:1885 (*in re* "Grupo Clarín y otros SA s/ medidas cautelares"), oportunidad en que al máximo Tribunal Federal le cupo intervenir a raíz de la apelación extraordinaria instada por el Estado Federal contra la sentencia de Cámara que había dispuesto, a favor de los actores, la suspensión del plazo de un año fijado por el art. 161 de la ley 26.522 para desinvertir, "...hasta tanto recaiga pronunciamiento en la acción de fondo a promoverse" (cfr. consid. 7° de la sentencia en comentario). En esa ocasión, no obstante el recurso extraordinario federal fue desestimado, la mayoría de los Ministros de la Corte ha entendido indispensable, para evitar que se presentara una situación de desequilibrio en la cual el sujeto pasivo de la medida quedara irremediablemente afectado por ella, formular una precisión: la medida cautelar no podría extenderse *sine die*, "...resulta[ba] conveniente la fijación de un límite razonable para [su] vigencia..." (consider. 7°).

Se presenta, entonces, la necesidad de efectuar algunas aclaraciones acerca del pronunciamiento que vengo comentando, y del peso relativo que tuvo en el impulso de la medida legislativa.

Con el fin expresado, es preciso señalar que la pauta fijada por la Corte respecto de la conveniencia de delimitar temporalmente las medidas cautelares concedidas no fue expresamente ceñida a supuestos en los que el Estado participa en calidad de parte; al mismo tiempo, no fue conectada con alguna característica que se hubiera presentado en función de quién era aquél contra el cual se trababa la cautela. Sí, en cambio, la razón que guió el considerando 7° del pronunciamiento de la Corte fue la búsqueda por evitar que se irrogase en cabeza de la demandada un daño irremediable.⁽²⁾ En este sentido, destacó que el peligro en la demora que es exigi-

(2) Vale la pena tener presente que la cautelar objetada había sido dispuesta en términos en que parecía hacer depender, exclusivamente, de la voluntad de los actores la permanencia de la medida ordenada. Ello así, en tanto la cautelar subsistía "hasta tanto recaiga pronunciamiento

ble para disponer medidas cautelares debe ser sopesado también con el perjuicio que acarree para aquel contra quién ésta se ejecuta. En definitiva, es posible ubicar los lineamientos trazados en este pronunciamiento dentro de los límites que resultan de las reglas normativamente impuestas para todo supuesto en que se disputa la permanencia de una medida de esta especie (principalmente, aquéllas que emanan de los arts. 202 a 204⁽³⁾ CPCCN), y que sostiene la afirmación de que las decisiones relativas a medidas cautelares no causan estado;⁽⁴⁾ razón que determina, asimismo, que a su respecto no sea predicable que las decisiones que conceden una medida cautelar gocen de la inmutabilidad propia de la cosa juzgada.⁽⁵⁾

.....

en la acción de fondo a promoverse ", dispositivo que impone una doble condición para que la cautela caiga: (i) que los actores efectivamente promuevan una demanda de fondo por cuyo intermedio cuestionen la aplicación de la normativa cuya suspensión fue requerida; (ii) que en esa demanda "recaiga pronunciamiento"; dispositivo que hubiera podido conducir al yerro de afirmar que esa cautela se sostuviera eternamente si, v.gr., los actores no hubieran iniciado la demanda.

(3) Art. 202.- CARÁCTER PROVISIONAL "[l]as medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento"; Art. 203.- MODIFICACIÓN "[e]l acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada // El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere //La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de CINCO (5) días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias"; Art. 204.- FACULTADES DEL JUEZ "[e]l juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger".

(4) A este respecto, la CSJN ha señalado que "[l]a resolución que hace lugar a medidas cautelares ajustándose a las particularidades del caso, es siempre provisional, y corresponde que sea modificada o suprimida 'si la situación ulterior lo aconseja' atendiendo a la variación o la invalidez de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se las dispuso. La invocación de la cosa juzgada material o formal no puede, pues, impedir que se dejen sin efecto medidas de esa índole notoriamente perjudiciales, si de algún modo han perdido vigencia las 'singularidades del caso'. Tanto para ordenarlas como para mantenerlas, el juez debe atender a una situación circunstancial, objetivamente ponderada, en la inteligencia de que habrá de procederse luego y sin demora al examen del fondo del asunto" (Fallos 289:181).

(5) Cabe recordar que la CSJN tiene dicho que "[e]l régimen de la cosa juzgada abarca dos aspectos conexos: a) la estabilidad de las decisiones judiciales, que es exigencia primaria de la seguridad jurídica, y b) el derecho adquirido que corresponde al beneficiario de una sentencia ejecutoriada, derecho que representa para su titular una propiedad lato sensu" (Fallos 155:302), en tanto "[l]os derechos reconocidos en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada han quedado incorporados al patrimonio y protegidos por el art. 17 de la Constitución Nacional" (Fallos 307:1709).

Justamente, que esta clase de decisiones no pase en autoridad de cosa juzgada es la base sobre la que se erige la posibilidad de modificar, en cualquier momento, los términos de la medida trabada (aun cuando no hubiera habido una variación en las circunstancias bajo las cuales habría sido dictada), o dejarla sin efecto.

No obstante lo dicho en el párrafo anterior, el panorama no quedaría completo si no se hiciera hincapié en que el criterio sentado por la CSJN respecto de la necesidad de acotar temporalmente la medida, lo fue en el contexto de un recurso deducido por el Estado Federal con el objeto de impugnar una decisión que lo perjudicaba; por tal motivo, aun cuando es posible afirmar que el criterio a que me vengo refiriendo pareciera no exceder de la aplicación al caso de una regla que rige un universo más amplio, no debe perderse de vista que el caso en que se decidió dar esta proyección a la “regla de provisoriedad” de las cautelares lo fue en uno en que el Estado era parte; dato que cobra especial relevancia en el marco de un sistema judicial en el que los efectos de las decisiones son *inter partes* y, en tales condiciones, no resultaría, necesariamente, posible extrapolar las conclusiones allí expresadas a procesos cuyas características contienen una variación tan relevante como la distinción entre procesos en que se disputan derechos dos particulares, y aquéllos en que un particular disputa un derecho con el Estado.

El propio Poder Ejecutivo Nacional anuncia una interpretación acerca del margen de aplicación del criterio en comentario, al afirmar —en el Mensaje que acompañó al proyecto de ley, que luego se convirtió en la ley 26.854— que “...la doctrina del Alto Tribunal, preocupada en armonizar el ejercicio de las facultades constitucionales de los poderes públicos con el derecho a la tutela judicial efectiva, *ex officio* ha considerado que, para evitar la desnaturalización del carácter provisional que las informa, las medidas cautelares deben estar sujetas a un límite razonable de vigencia”,⁽⁶⁾ interpretación en que sustentó la conclusión de que el proyecto de ley que acompañaba el mensaje “...tiende a concretar, en una norma jurídica, la más reciente doctrina asumida por el Alto Tribunal en relación con las medidas cautelares frente a las autoridades públicas del Estado Nacional”.⁽⁷⁾

.....

(6) Ver Mensaje PEN n° 377/2013, Expte PE/6/S/13.

(7) *Ibid.*

El Estado Federal apoyó la necesidad de contar con una regulación específica en la materia, como también en otras razones tales como la ausencia de un régimen orgánico que regule el proceso judicial frente a las autoridades públicas en el ámbito nacional; la necesidad de compatibilizar las prerrogativas estatales y las garantías de los particulares; y el objeto de dar previsibilidad procesal a quienes son parte en el proceso contencioso administrativo.

Desde otro enfoque, con fecha 03/05/2013, se ha presentado un Proyecto de ley que propone “[d]er[o]ga[r] por inconstitucional y declara[r] insanablemente nula la ley 26.854”.⁽⁸⁾

Dado que dicho proyecto representa un criterio de pertinencia opuesto al inmediatamente antes sintetizado, entiendo relevante enunciar aquí, entre las razones que animan la propuesta de derogación y declaración de nulidad de la ley 26.854, aquellas que se vinculan al tópico de este acápite.

Los fundamentos que acompañan el proyecto de derogación y declaración de nulidad del régimen contienen un argumento central, consistente en afirmar conculcada la garantía de tutela judicial efectiva, bajo la comprensión de que la ley apunta a recortar (ilegítimamente) el campo de operatividad de las medidas cautelares. Se afirma allí que “[c]on este proyecto se crean privilegios especiales a favor del Estado Nacional, impidiendo ejercer en su contra legítimos recaudos procesales de garantía del objeto reclamado, en procura de tutela judicial efectiva (...) crea[ndo] un fuero personal (entendido como prerrogativa) a favor del [E]stado...”.

Reseñado, como quedó, el panorama de argumentos que se han esbozado desde dos ángulos que resultaron contrapuestos, entiendo que existen algunas buenas razones para inclinarse por la respuesta afirmativa a la pregunta acerca de la pertinencia de la existencia de una regulación específica en la materia. Para explicar esas razones, es necesario partir de una comprensión y enfoque determinado de la organización del poder que viene constitucionalmente fijado:

- i. Es el Congreso aquel que tiene predominantemente a cargo el ejercicio de la función legislativa, ámbito dentro del cual se ubica la fijación de políticas

(8) Ver art. 1° del proyecto registrado en el Expte. N° 2661-D-2013.

públicas que orientan el destino del país —dentro del marco que brinda la Constitución de la Nación Argentina (en adelante, CN)—.

- ii. En el ejercicio de esa competencia, las disposiciones normativas que prescriban políticas serán resultado de la voluntad general, en la medida que emanen del órgano con más amplia representación de mayorías y minorías.⁽⁹⁾
- iii. El Poder Ejecutivo Nacional opera dentro del margen que fija el legislador al diseñar las políticas públicas a las que me referí. En consecuencia, a él corresponde predominantemente la ejecución de esas políticas y su complemento, cuando el ejercicio de la función reglamentaria aparece necesaria. Ello, claro, sin perder de vista que, bajo las condiciones establecidas en el art. 99, inc. 3 CN, podría avanzar en una medida de contenido legislativo que, a la vez, implique la adopción de una política; pero, de todos modos, también en este supuesto el ejercicio de dicha competencia queda sujeto a la condición resolutoria de que el Congreso no se oponga a la medida adoptada.⁽¹⁰⁾
- iv. Al Poder Judicial Federal le cabe velar por los derechos de las personas que pudieran verse conculcados, predominantemente las minorías, en este escenario.⁽¹¹⁾
- v. Hay un interés general en que las políticas públicas diseñadas sean ejecutadas, por lo que su paralización o suspensión debe ser dispuesto con prudencia: los intereses que podrían resultar afectados son los de toda la sociedad, cuya voluntad resulta ampliamente representada en el Congreso de la Nación.

El enfoque desde una perspectiva constitucional no puede ser desplazado al tiempo de abordar el análisis de pertinencia de un régimen que abarque al Estado como sujeto de regulación; ello no implica que el régimen que

(9) No es posible perder de vista que, dado el modo en que se componen la Cámara de Diputados y la de Senadores (cfr. arts. 45 y 54 CN), en cada una de ellas la representación de un amplio espectro del electorado viene garantizada. "[La] naturaleza de[l] poder [del Congreso] es ser más amplio, más general, más directamente derivado del pueblo mismo, cuya soberanía ejercita más de cerca y en sentido más estricto; pero también es limitado, y enumerado explícita e implícitamente. 'En su conjunto, el Poder Legislativo Nacional es la representación del todo de la Nación, y para que esto sea una realidad, debe ser la expresión genuina de la opinión pública, de la voluntad de las partes que componen el todo'" (en GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, Buenos Aires, Estrada Editores, 1959, p. 328).

(10) Ver art. 99, inc. 3 CN.

(11) Los lineamientos anteriores son resultado del sistema de división de poderes diseñado por la Constitución de la Nación Argentina, en tanto " los poderes que ha establecido nuestra Constitución [son]: el Legislativo para dictar la ley, alterarla y suspenderla según su voluntad y conforme con la Constitución; el Ejecutivo para cuidar que la ley se cumpla y observe; el Judicial para que la interprete y aplique a casos en que se susciten conflictos sobre lo que se ha hecho u omitido bajo su imperio" (en GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, op. cit., pp. 310/311).

regule las cautelares requeridas por o dispuestas contra el Estado no deba ser igual, o muy similar, a aquél que rija procesos entre particulares. Lo que sí implica es que ese régimen que lo abarque debe receptar que ese Estado debe, por mandato constitucional, tener una conducción política, que ciertamente puede ser paralizada o suspendida preventivamente, pero bajo condiciones que tengan en cuenta el interés social que podría verse involucrado, cuya proyección resulta muy difícil de anticipar si no se cuenta con las herramientas con que, a ese fin, están dotados principalmente los órganos políticos del Estado.

En suma, establecer un régimen específico que rodee de recaudos las decisiones capaces de paralizar o suspender la ejecución de políticas públicas diseñadas por los representantes de la voluntad general, no es sino uno de los medios de que dispone el legislador para poner en ejercicio los poderes constitucionalmente diseñados (cfr. art. 75, inc. 32 CN).

3 |

Establecido lo anterior, abordaré en las líneas siguientes sólo algunas de las innovaciones que introdujo la ley en la materia; ellas abarcan:

- i. Medidas cautelares dictadas por juez incompetente (art. 2°).
- ii. Intervención de la autoridad pública demandada con carácter previo al dictado de una medida cautelar (art. 4°).
- iii. Vigencia temporal de las medidas cautelares (art. 5°).
- iv. Efectos de la apelación (art. 13, inc. 3).

3.1 | Medidas cautelares dictadas por juez incompetente (art. 2°)

Vale la pena transcribir aquí el art. 2° de la ley:

“1. Al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada el juez deberá expedirse sobre su competencia, si no lo hubiere hecho antes.

Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia.

2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo 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.

En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días”.

Es fácil advertir que la norma prevé dos escenarios distintos, según la índole de los derechos en juego. Así, establece una precalificación normativa de la urgencia.

El art. 2° de la ley introduce dos universos de derechos en juego, que luego va a emplear como parámetro para encauzar el trámite de la medida, aunque no limita a ellos los escenarios en que está dispuesta a hacer excepción a las reglas, cuando la urgencia venga justificada por la vulneración de otros derechos. Distingue, en este orden, un universo compuesto por dos categorías —y el restante universo, por *default*—: (i) supuestos en que sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso invoquen comprometida la vida digna, conforme la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), la salud o un derecho de naturaleza alimentaria; (ii) supuestos en que se trate de un derecho de índole ambiental.⁽¹²⁾

(12) El colectivo enunciado en el punto (i) viene referido como “sector socialmente vulnerable”; los términos empleados por la disposición normativa, aunque probablemente inspirada en propósito de ampliar de ese modo su horizonte de proyección, operan como guía para el órgano que deba adoptar la decisión, pero libra a la casuística judicial la definición de los contornos de dicho colectivo. La referencia a “vida digna”, con remisión a la CADH, también padece de notable vaguedad que, por ello, quedará librada a las reglas de interpretación a que suelen acudir los jueces. A este respecto, introducir condiciones de aplicabilidad normativa en estas características importa ampliar las atribuciones jurisdiccionales y, correlativamente, reducir el ejercicio de las legislativas en la definición política. Sin perjuicio de lo señalado, y si bien entiendo sumamente relevante el análisis profundo de la terminología empleada, no me detendré en esta oportunidad sobre este punto, dado que requeriría un desarrollo que excedería el marco del presente ensayo.

Además, impone una regla: el juez convocado a dictar una medida cautelar contra el Estado debe analizar, en primer lugar, si resulta competente para conocer en la causa. Si concluye que no lo es, entonces la ausencia de jurisdicción implica la imposibilidad de pronunciarse acerca de la cautelar requerida. El objetivo de la norma es evitar uno de los aspectos —la selección del Tribunal que resuelva— de lo que la doctrina ha dado en llamar el *forum shopping*,⁽¹³⁾ y asegurar que aquel órgano permanente del Poder Judicial que dicte la medida sea al que corresponda, en definitiva, el conocimiento de la causa. La regla introducida importa acentuar la previsión del art. 195 CPCCN que, si bien prevé que “[l]os jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia” inmediatamente después resta fuerza prescriptiva a la previsión al agregar que “[s]in embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia”.

Asimismo, queda excluido expresamente aquel universo comprendido por el inc. 2 del art. en comentario; ello aparece como resultado de afirmar que la urgencia viene normativamente precalificada. Se trata de situaciones contempladas por la norma a las que confiere prioridad. También quedan excluidos todos aquellos procesos en los que el reconocimiento del derecho afectado se busca por la vía de amparo (cfr. art. 19 de la ley en comentario). Es decir, la ley prevé una amplísima gama de excepciones, todas ellas guiadas por los parámetros de urgencia (algunos de ellos precalificados normativamente) y de la verosimilitud del derecho (que, en el caso del amparo, acompaña necesariamente a la condición de manifiesta de la arbitrariedad o ilegalidad invocada).

Sin embargo, un escenario que no viene expresamente resuelto por la ley está dado por los supuestos en que el art. 4º justifica la adopción de medidas interinas que resguarden el derecho cuya afectación se aduce (siempre que concurren circunstancias graves y objetivamente imposterables); ello no obstante, entiendo que el presupuesto fáctico previsto en la norma, y el tratamiento que a él se le da (la adopción de una medi-

(13) Estrictamente, no se trataría de evitar el *forum shopping*, porque este abarcaría, no sólo la selección del Tribunal, sino también la del derecho aplicable (ver PALACIO, LINO ENRIQUE, “Forum Shopping por aplicación de uno de los sistemas de asignación de causas?”, en LL, 2005-A, 195).

da que proteja el derecho hasta tanto quede evacuado el informe a que alude el mismo art. que instituye dicha medida) conduce a efectuar una interpretación sistemática de la ley, a partir de la cual estas medidas podrían también ser dictadas por juez incompetente; ello, en la medida en que, aún cuando constituyen una especie dentro de las cautelares, poseen requisitos propios que también (como los supuestos del art. 2º, inc. 2) apuntan a calificar la urgencia de la medida. Desde este punto de vista, si estos supuestos justifican la posibilidad de la adopción de alguna medida con carácter previo a la intervención de la autoridad demandada, pareciera que también deberían justificar su inclusión dentro de las excepciones a la ineficacia de las decisiones tomadas por juez incompetente.

Finalmente, para los supuestos en los que la adopción de medidas por juez incompetente viene habilitada, la ley impone al juez competente la revisión de oficio de aquélla, dentro del plazo de 5 días.

3.2 | Intervención de la autoridad pública demandada con carácter previo al dictado de una medida cautelar (art. 4º)

La ley prevé la intervención de la autoridad pública demandada con carácter previo a que sea adoptada una decisión acerca de la medida cautelar requerida. Esa intervención tiene un doble carácter: por un lado, un pedido de informe; y, por el otro, un traslado.

En cuanto al pedido de informe, le da ocasión a la autoridad pública para expresar si existe interés público comprometido en la cuestión, ya que es ella la que se encuentra en mejores condiciones de ilustrar acerca de los efectos que la medida podría acarrear sobre la ejecución de políticas públicas a su cargo o proyección de una cautelar sobre el interés público que el obrar o la omisión objetada tenderían a realizar. En cuanto al traslado, en la misma oportunidad, la autoridad debe manifestar lo conducente a su derecho para, en su caso, oponerse a la admisibilidad y procedencia de la medida.

Uno de los antecedentes normativos que el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo Nacional afirma haber tenido en cuenta para introducir esta previsión fue la ley 2145 —vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, cuyo art. 15 prevé la existencia de un traslado a la autoridad pú-

blica cuando la medida solicitada comprometa la prestación de un servicio público o afecte una función esencial de la administración.⁽¹⁴⁾ La ley 26.854 es notablemente más amplia, en este aspecto, al prever que el informe y el traslado sean dados como regla en todo trámite cautelar, pero, a la vez, esta amplitud queda equilibrada al incorporar la figura de las “medidas interinas”, sin perjuicio de dar al juez la potestad de exceptuar del paso de la intervención previa de la autoridad en los supuestos de urgencia precalificada del art. 2º, inc. 2.

La figura de las “medidas interinas” busca neutralizar los perjuicios que podría irrogar el plazo consumido a raíz de la intervención previa de la autoridad administrativa, puesto que opera durante ese lapso evitando conculcar la tutela judicial efectiva del promotor de la acción.

Sin perjuicio de lo señalado, entiendo que la finalidad tenida en miras por el legislador al introducir esta figura de las “medidas interinas” hubiera encontrado mayor y mejor resguardo si, en lugar de limitar su vigencia hasta la oportunidad en que fuera evacuada la intervención de la autoridad pública (o vencido el plazo para ello), la hubieran extendido hasta que se venciera el plazo para que el juez interviniente se pronunciara acerca de la cautelar, una vez vencido el lapso para que la respectiva autoridad evacúe el informe y conteste el traslado; o bien si, mediante algún otro giro, no hiciera caer la medida inmediatamente, al ser evacuado el informe o vencido el plazo para ello.

3.3 | Vigencia temporal de las medidas cautelares (art. 5º)

Otro de los aspectos novedosos de la nueva regulación, y que ha generado reparos en la doctrina,⁽¹⁵⁾ se vincula al plazo de vigencia previsto para las medidas cautelares.

(14) Textualmente, el segundo párrafo del art. 15 de la ley 2145 dice: “Cuando la medida cautelar solicitada afectase la prestación de un servicio público o perjudicara una función esencial de la administración, el juez previamente le correrá traslado a la autoridad pública demandada para que se expida dentro de un plazo máximo de dos (2) días sobre la inconveniencia de adoptar dicha medida, pudiendo el juez rechazarla o dejarla sin efecto”.

(15) Ver, v.gr., ARAZI, ROLANDO, “El Estado y las medidas cautelares (ley 26854)”, en JA 11, 2013-II, p. 3 y ss.; MAURINO, ALBERTO L., “Las medidas cautelares contra la Administración

El art. 5° de la ley prevé que, en oportunidad de ser otorgada la medida cautelar, debe fijarse su plazo de vigencia, el cual no puede exceder los seis meses (o tres, si se trata de procesos sumarísimos o juicios de amparo), salvo que los derechos en juego sean los previstos en el art. 2°, inc. 2). A este respecto, las críticas rondaron, en general, la idea que la imposición de una vigencia temporal limita las atribuciones de los jueces (o implica una intromisión en ella) y que resulta irrazonable obligar al levantamiento de la medida si subsisten las circunstancias que la justificaron.⁽¹⁶⁾

La visión que propongo es, en cambio, y nuevamente, una que parte de las reglas establecidas, sobre las cuestiones involucradas, por la CN.

El art. 75, inc. 20 CN establece, como una de las atribuciones confiadas al Congreso, la de “[e]stablecer tribunales inferiores a la *Corte Suprema* de Justicia; crear y suprimir empleos, **fijar sus atribuciones**, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales” (sin resaltar en el original). Esa disposición se complementa con la previsión contenida en el inc. 32, según la cual también le compete al Congreso “[h]acer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”. También a él le corresponde, consistentemente, la definición de “causa” a que se refiere el art. 116 CN, claro que para ello debe respetar los parámetros que fija la CN.⁽¹⁷⁾

El panorama enunciado implica que una objeción vinculada a la delimitación normativa de las condiciones en que deben ejercer sus atribuciones los jueces, solamente puede tener sentido si, a la vez, se asume que esa delimitación dejó poderes constitucionalmente concedidos fuera del campo de acción del Poder Judicial. A ese fin, uno de los parámetros que podría emplearse para medir si hay exceso legislativo (es decir, avance del Congreso sobre atribuciones del Poder Judicial) podría ser la razonabilidad. En ese contexto, la ley habilita la prórroga de la medida, a cuyo fin no prevé límites a las oportunidades en las que podría ser concedida la

.....
Pública. Ley 26.854”, en JA 11, 2013-II, pp. 51/52; ROJAS, JORGE A. y MORENO, ROMINA S., “La democratización de la justicia y la potestad cautelar”, en ED, n° 13.298, año LI, ED 253, p. 4.

(16) Ver ARAZI, ROLANDO, “El Estado y las medidas cautelares (ley 26.854)”, *op. cit.*, p. 7.

(17) Fallos 332:111; 333:1023.

prórroga, y sólo exige al juez que vuelva a valorar el interés público comprometido y que la prórroga sea fundada (lo que excluye la posibilidad de que sea automática).

Entonces, la fijación de un plazo (de seis meses, o tres, según el caso) no implica que, a su término, decaiga necesariamente la medida. La prórroga es posible y los requisitos para que ella proceda conducen únicamente a colocar al juez interviniente en condiciones en que debe examinar, al menos cada seis o tres meses (según la índole del proceso), la subsistencia de las razones que justificaron la concesión inicial. Lo dicho importa que no parece una intromisión del legislador la introducción de una vigencia temporal, sino el ejercicio de una competencia que le ha sido constitucionalmente conferida, que abarca fijar las atribuciones de los tribunales inferiores respetando los límites que impone la CF, y canalizando dichas atribuciones a partir de la definición de qué es una “causa” en los términos del art. 116 CN. Desde otro ángulo, tampoco es posible deducir de la disposición que la única interpretación posible a su respecto sea una según la cual, de subsistir las circunstancias que motivaron la medida, ésta deba levantarse; y, habiendo otras interpretaciones disponibles, sabido es que debe elegirse aquélla que ponga a las normas en armonía con las disposiciones de jerarquía constitucional, y no lo inverso.⁽¹⁸⁾ Se trata de una modulación de la provisoriedad propia de la tutela cautelar, que aquí posee una reglamentación particularizada y que hace pesar sobre su promotor la carga de mostrar la subsistencia de la necesidad de la medida, así como sobre el juez pesa la evaluación acerca de la ocurrencia de dicho extremo, en conjunción con la conducta procesal de las partes (cfr. art. 5º, cuarto párrafo).

3.4 | Efectos de la apelación (art. 13, inc. 3)

El último de los tópicos propuestos tiene que ver con el efecto suspensivo previsto para la apelación frente a medidas que suspenden, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico. En este cambio también se exceptúa a los supuestos de urgencia precalificada por el art. 2º, inc. 2 de la ley; y a los supuestos en los

(18) Fallos 304:1733, entre muchos otros.

que el pedido de restablecimiento del derecho en juego tramita por la vía de amparo (cf. art. 20 de la ley).

En primer lugar, resulta necesario delimitar el campo normativo alcanzado por el art. 13, inc. 3. En este orden de ideas, aquellas disposiciones normativas a las que alude el art. en comentario abarcan las leyes en sentido formal sancionadas por el Congreso y promulgadas totalmente por el Poder Ejecutivo Nacional; las leyes sancionadas por el Congreso y sobre las que recayó una promulgación parcial en los términos del art. 80 CN; los decretos de necesidad y urgencia cuyo dictado atribuye el art. 99, inc. 3 CN; y, finalmente, aquéllos que sean producto del ejercicio de delegación legislativa, en los términos del art. 76 C.⁽¹⁹⁾

En tales condiciones, la disposición normativa en comentario opera para rodear de mayor protección a los supuestos en los que un individuo puede, por intermedio de una medida cautelar, sustraerse de la aplicación de un régimen general. En este terreno, aun cuando esa finalidad aparece como una legítima aspiración a evitar desigualdades o privilegios, podría proyectar efectos irrazonables si no se interpretase sistemáticamente con el resto del sistema que instituye la ley. En efecto, una aplicación aislada de esta disposición podría excluir incluso a los supuestos a los que alude el art. 3° y que justifican el dictado de una medida interina, lo que sí conduciría a vulnerar la tutela judicial efectiva.

4 |

A partir de todo lo dicho, entiendo que una visión que parte de un enfoque constitucional del asunto conduce a afirmar pertinente la existencia de una regulación que nutra a los procesos en los que tramitan medidas cautelares de los recaudos necesarios para evitar el exceso jurisdiccional, una paralización o suspensión no suficientemente justificada de la ejecución de políticas públicas y la desigualdad producto de sustraer a individuos de la sujeción a regímenes generales.

La ley 26.854 posee varias innovaciones, dentro de las cuales he pasado revista de las relativas a la oportunidad y efectos de declaración de incompetencia del juez frente al cual se planea la medida cautelar (art. 2°); la necesi-

(19) Ver ley 26.122.

dad de dar intervención de la autoridad pública demandada con carácter previo al dictado de una medida cautelar (art. 4°); la vigencia temporal de las medidas cautelares (art. 5°); los efectos de la apelación (art. 13, inc. 3). Sobre estos tópicos, en particular, la regulación se presenta, en términos generales, como una alternativa constitucionalmente válida a partir de las competencias que la CN asigna al Congreso de la Nación; sin perjuicio de señalar que el texto posee algunas vaguedades sobre las que sería preciso operar.

Tributos al modelo

Peripecias del pasado y récords del presente

por **ALFREDO IÑIGUEZ**⁽¹⁾

I | A modo de introducción. Las preguntas básicas para diseñar una reforma tributaria

En los cursos de microeconomía suelen enseñarnos que el mercado, actuando libremente, resuelve qué, cómo y para quién producir. Más allá de lo anacrónico de esta concepción, es indudable que la intervención del Estado exige seguir la secuencia en sentido inverso: para qué o para quien, cómo y qué, son, en ese orden, los interrogantes básicos, aunque no únicos, para el diseño de cualquier política pública. La modificación del sistema tributario no es la excepción y, además, por sus características específicas requiere que se contemple otra pregunta clave: cuándo.

La necesidad de una reforma tributaria es, al menos en apariencia, uno de los pocos aspectos en los que se puede percibir un consenso generalizado entre los analistas de la materia en cuestión. Sin embargo, cuando se empieza a indagar sobre su contenido, aparecen diferencias irreconciliables entre quienes la pregonan.

.....
(1) Economista por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Responsable del Área Fiscal del CIEPyC-UNLP y miembro de AEDA.

En estas páginas aportaremos elementos para sentar nuestra posición en este debate. Nuestro objetivo es contribuir a dar respuesta a qué debe contener una reforma impositiva en Argentina, concentrándonos en las modificaciones en materia de política tributaria que consideramos imprescindibles. Pero antes realizaremos un paneo por los restantes interrogantes.

Durante el régimen de valorización financiera iniciado en la última dictadura militar y finalizado con el derrumbe de la convertibilidad que se produjo en los umbrales del presente siglo se conformó, mediante una profunda reforma, un sistema tributario argentino funcional a dicho régimen, caracterizado por la preponderancia y generalización de los impuestos definidos como poco distorsivos que, no casualmente, están a su vez entre los más regresivos en términos distributivos. Un elemento característico fue la eliminación (o la detracción de las bases imponibles) de impuestos que alcanzaban a los activos financieros y sus rentas.

En la Argentina, como en otros países de la región, se están produciendo acontecimientos que permiten conjeturar que estamos viviendo un cambio de época que va perfilando un régimen de acumulación distinto. El Estado empezó a conformar un nuevo sistema de protección social, en el que resaltan la recuperación de un régimen único de reparto en materia previsional, con la estatización de las AFJP, el Plan de inclusión previsional y el aumento exponencial del haber mínimo; la Asignación Universal por Hijo, que brinda asistencia a más de 3,5 millones de niños y adolescentes; y el compromiso con la educación, que se evidencia en la garantía de que se invierta más de 6% del PBI a partir del año 2008, aunque sus efectos tardarán muchos años en traducirse en resultados concretos. También se están modificando las relaciones laborales, con la recuperación del salario; la implementación de medidas de defensa del empleo y el combate a la informalidad; la Ley del Peón Rural; y la recuperación de las convenciones colectivas de trabajo a nivel de rama o actividad. Por otra parte, en materia de regulación de la actividad económica se destacan la nueva Carta Orgánica del BCRA, la Ley de Tierras y la Ley de Medios de Comunicación Audiovisual. Respecto de las relaciones internacionales, sobresale la nueva estrategia de inserción internacional, con las medidas para aumentar las exportaciones de manufacturas industriales, el rol protagónico en la conformación y desarrollo de la UNASUR y los vínculos Sur-Sur. En materia del Estado proveedor de bienes y servicios, se destacan las recientes estatizaciones de la mayoría de los ramales ferroviarios, la repatriación del 51%

de las acciones de YPF y la recuperación de la empresa de Aguas del área metropolitana (AYSA), Correo Argentino, Aerolíneas Argentinas, entre las más destacadas.

Todas estas intervenciones tienen efectos, de manera directa o indirecta, sobre el patrón distributivo que, paulatinamente, va redefiniéndose a favor de las clases sociales más postergadas de la sociedad. A su vez, contrastan con las directrices de las intervenciones desarrolladas por los países centrales para enfrentar la crisis a escala global, ahora con epicentro en Europa.

La actual crisis pone en evidencia el fracaso de las políticas impuestas, al menos, en los últimos veinte años —que, entre otras cuestiones, estaban destinadas a redefinir el rol de Estado—. Para los países periféricos, éstas se pueden sintetizar en el decálogo de recomendaciones del Consenso de Washington, entre las que se encontraba realizar una reforma tributaria como la instrumentada en nuestro país en la última década del siglo pasado.

Aunque el cambio de época es cada día más palpable, los sistemas tributarios, con algunos más y algunos menos, siguen en esencia conformados en consonancia con el anterior régimen de acumulación. Los escasos avances en este campo no son exclusivos de nuestro país. En América Latina, salvo Uruguay, no se observan cambios significativos en materia impositiva. El influjo del anterior paradigma sigue presente. Como dice la CEPAL:

“...suele afirmarse que el exceso de impuestos directos y de contribuciones sociales puede ser apropiado para la redistribución del ingreso pero perjudicial para el crecimiento económico y el empleo. Se puede aseverar que en América Latina el problema es inverso; no se ha dado el suficiente papel a los sistemas tributarios en su rol redistributivo y, por tanto, no pueden representar un obstáculo para el crecimiento”.⁽²⁾

En el mismo trabajo, un par de páginas adelante, la CEPAL sintetiza lo sucedido hasta aquí en materia tributaria: “en términos de equidad, se puede decir que se ha priorizado la equidad horizontal (los agentes con

(2) CEPAL, *Espacios iberoamericanos: Hacia una nueva arquitectura del Estado para el desarrollo*, CEPAL, 2011.

igual potencial recaudatorio deben soportar la misma carga tributaria) por sobre la equidad vertical (los agentes deberían tener una carga tributaria proporcional a su capacidad contributiva), que sigue siendo una tarea pendiente en la región”.⁽³⁾

Quienes abogan por el paradigma que se encuentra en franco retroceso suelen esgrimir que el Estado debe cumplir con su función redistributiva mediante el gasto público social, con la focalización en los estratos de menores ingresos. Sin embargo, este argumento empezó a perder predicamento, tanto en relación a las formas de intervención de las políticas públicas —que recuperan las visiones a favor de aquellas acciones de carácter universal— como en el rol que les cabe a los sistemas tributarios en este aspecto. Gómez Sabaini, Jiménez y Podestá son contundentes al respecto:

“...en sociedades tan desiguales como las latinoamericanas, no basta con la política redistributiva que pueda hacerse a partir del gasto público sino que resulta importante el rol que juegan los sistemas impositivos en pos de una mayor equidad en la distribución del ingreso. En términos generales, la política tributaria tiene dos maneras de influir en la distribución del ingreso. En primer lugar, a través del nivel de ingresos fiscales que pueden destinarse para el financiamiento del gasto social y, en segundo, de acuerdo con la composición de la estructura tributaria, es decir, a través de la importancia de los impuestos progresivos, como por ejemplo, la imposición a la renta y a los patrimonios. De esta forma, para aumentar el impacto redistributivo de la política fiscal, no sólo interesa generar una cierta cantidad de recursos que financien el gasto público (y en particular el social) sino que es importante tener en consideración los segmentos de la población que aportan estos fondos”.⁽⁴⁾

Estos planteos dan una clara señal de cuál debe ser el propósito de la reforma: debe orientarse a acompañar y sostener el cambio de paradigma iniciado y, para ello, debe reforzar la función de los tributos como ins-

(3) *Ibid.*

(4) GÓMEZ SABAINI, JUAN CARLOS; JIMÉNEZ, JUAN PABLO y PODESTÁ, ANDREA, “Tributación, evasión y equidad en América Latina y el Caribe”, en *Evasión y equidad en América Latina*, Bs. As., CEPAL y GTZ, 2010.

trumento de política fiscal para incentivar selectivamente la acumulación productiva, favorecer la creación de empleos formales y, por sobre todas las cosas, morigerar las desigualdades sociales que determina el mercado.

Un elemento, por lo general descuidado cuando se pregona la necesidad de una reforma tributaria, está vinculado a determinar si están dadas las condiciones para avanzar en ella. Para poder llevarla a cabo, debe estar precedida de un análisis sobre su gobernabilidad, que requiere contemplar el grado de dificultad de la propuesta, medir las variables que se pueden controlar y las que no, con especial hincapié en las resistencias al cambio y la correlación de fuerzas imperante. Esto no es otra cosa que la planificación estratégica situacional, en los términos desarrollados por Carlos Matus.⁽⁵⁾ Como planteó este autor, para llevar a cabo una determinada acción hay que considerar previamente lo que él llamó “el triángulo de gobierno”, que tiene en cada vértice: 1. el proyecto de gobierno, que da precisiones sobre los medios y objetivos, y contempla el intercambio de problemas; 2. la capacidad de gobierno, que refleja la pericia para conducir el cambio propuesto; y 3. la gobernabilidad del sistema, que expresa el grado de dificultad de la propuesta y de las acciones a realizar y tiene como correlato la aceptación o rechazo de los distintos actores sociales involucrados.

Existen en la historia argentina muchos antecedentes de reformas fallidas por la capacidad de *lobby* de los afectados, desde los intentos de los gobiernos de Yrigoyen y Alvear por implantar un impuesto a la renta que no prosperaron por la negativa de un Congreso con mayoría conservadora,⁽⁶⁾ hasta la reciente embestida contra la resolución 125 del año 2008 para aplicar retenciones móviles a los principales productos agrarios y sus derivados.

También hay muchas experiencias en otros países. Sólo para dar un par de ejemplos bastante elocuentes, se pueden mencionar las actuales resistencias de los republicanos al intento de recuperar parte de la carga tributaria a las ganancias de capital en EEUU y la crisis en el gobierno laborista australiano en 2010, con renuncia del primer ministro incluida, cuando intentó gravar con un impuesto extraordinario a la actividad minera.

(5) MATUS, CARLOS, *Los tres cinturones del gobierno*, Bs. As., Universidad Nacional de La Matanza, Fundación CIGOB y Fundación ALTADIR, 2007.

(6) GAGGERO, JORGE, “La progresividad tributaria. Su origen, apogeo y extravío (y los desafíos del presente)”, en *Documento de Trabajo*, n° 23, diciembre, CEFID-AR, 2008, p. 8.

Si se concluye que se dispone de los consensos suficientes para sostener y defender la implementación de los cambios necesarios, es imperativo encontrar el momento más oportuno para llevarla a cabo. Este paso también debe incluir dilucidar si es factible abrir la discusión sobre todos los cambios al mismo tiempo o prever su implementación en etapas. La primera alternativa tiene la desventaja de permitir que quienes se consideren perjudicados puedan dar una estrategia en común, pero tiene el mérito de plantear la reforma como un cambio estructural en el marco del nuevo rumbo económico. Las etapas, al fragmentar la presión en contra, pueden facilitar su aplicación, aunque pueden implicar que la transformación quede inconclusa ante un cambio en la correlación de fuerzas. También es necesario para dilucidar el momento más apropiado de cada una de las medidas que se pueden llevar a cabo considerar el contexto macroeconómico en el que se aplicarán. En algunos casos, puede ser conveniente (o imprescindible) implementarlas en una fase de auge y, en otros, los cambios pueden ser útiles para actuar como políticas contracíclicas para atemperar los valles de un ciclo económico.

2 | Peripecias del pasado

2.1 | Reseña histórica

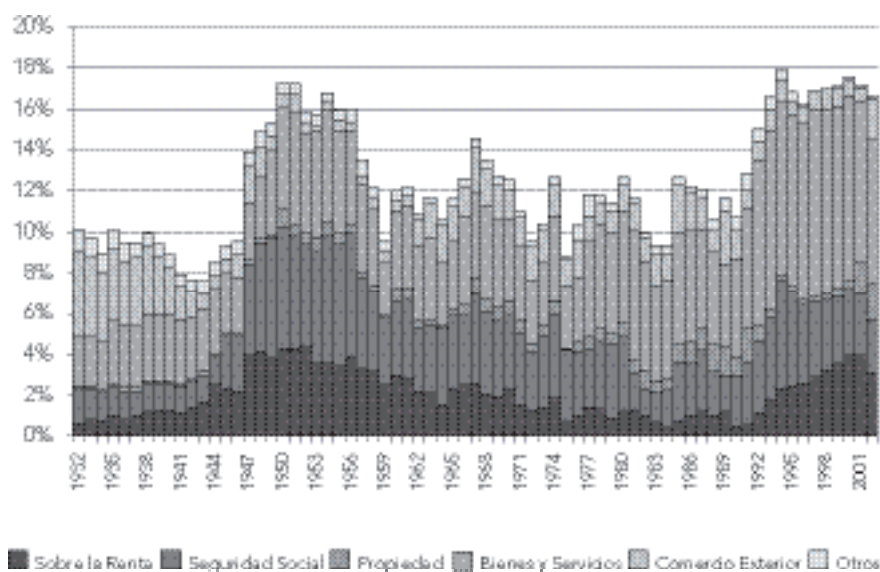
La historia argentina demuestra que nunca fueron sencillas las reformas impositivas progresivas. Desde los orígenes como nación, el sistema tributario argentino se caracterizó por su incapacidad para actuar como morigerador de las desigualdades sociales. En este sentido, es por demás elocuente el planteo de Oszlak en su caracterización de la formación del Estado argentino:

“algunas de las tendencias que se venían insinuando desde fines de la década del 70 [1870] acabaron por estructurar un sistema impositivo extraordinariamente regresivo y fuertemente dependiente de las alternativas del comercio de importación. La riqueza en sus manifestaciones de propiedad o consumo suntuario; el ingreso en la forma de intereses y renta especulativa; las transacciones inmobiliarias y financieras; las exportaciones, sostén de la vertiginosa aceleración del progreso económico; todas ellas fuentes posibles de recursos fiscales que habrían modificado radicalmente las modalidades de apropiación del

excedente por parte del Estado y, muy probablemente, la propia estructura social, permanecieron intocadas o, a lo sumo, contribuyeron magramente a la recaudación impositiva”.⁽⁷⁾

Paradójicamente, este estado de situación empezó a cambiar con los gobiernos conservadores de la década infame. Quienes sostenían las mismas posturas ideológicas que habían resistido a la modernización del sistema tributario argentino se vieron obligados a renovarlo para poder hacer frente a la necesidad de recursos tributarios adicionales que exigía la salida de la profunda depresión de los años '30. Ya en la década siguiente, con el peronismo en el gobierno, se terminó por conformar un sistema tributario bastante avanzado para la época. Se podría afirmar que a mediados de siglo XX en Argentina regía un sistema impositivo moderno, con una composición adecuada para la época y con una presión tributaria que alcanzaba su máximo histórico hasta ese momento, al superar el 16% del PBI, casi duplicando a la existente en las décadas precedentes.

GRÁFICO 1. RECAUDACIÓN SEGÚN LA MATERIA GRAVADA (EN % DEL PBI).



Fuente: Anuario estadístico de AFIP.

(7) OSZLAK OSCAR, *La formación del estado argentino*, Bs. As., Editorial Planeta, 1997.

Un nuevo y profundo intento por adaptarlo se produjo con una amplia reforma implementada en el año 1973, con los aires transformadores de la vuelta del peronismo al gobierno.

Sin embargo, al poco tiempo, con el golpe militar (y la connivencia cívica parcial) de marzo de 1976, el sistema tributario no fue ajeno a las terribles implicancias del vuelco en la historia argentina tanto en términos sociales como políticos y económicos en general. Allí se inició un proceso de involución en la materia que terminó de delinearse con una amplia reforma impositiva llevada a cabo en la década de los años '90.

Esta involución tuvo respaldo tanto en el plano político como en términos de la "ciencia económica" en general y en la doctrina tributaria en particular. No es casual que el inicio de este proceso coincida con la recuperación del predominio de la escuela neoclásica en el terreno académico. Este paradigma había sido el dominante hasta la crisis del '30 y le cupo un rol clave, por las desatinadas políticas que promovió, en su desenlace y profundización.⁽⁸⁾

Aunque en aquella época la doctrina tributaria parecía correr a contramano de la historia. En sus orígenes la posición adoptada por los primeros marginalistas —esto es, los fundadores de la teoría neoclásica— aceptaban e incluso propiciaban la progresividad de los impuestos. Como dice Nuñez Miñana:

"la escuela marginalista se inicia en 1870 a partir de la llamada 'revolución marginalista' que introduce la teoría subjetiva del valor: el valor de un bien deriva de la utilidad (subjetiva) de la última unidad disponible para el consumidor. Hacia fines del siglo XIX y principios del siglo XX es cuando alcanza una intensa discusión la introducción de impuestos progresivos con la finalidad explícita de redistribución de ingresos, y se intentó elabo-

(8) Galbraith recuerda que la primera decisión que tomó Hoover, el presidente de Norteamérica, después del crack de octubre de 1929, fue reducir la carga del impuesto a la renta a las personas físicas. Si bien se podría interpretar esta medida como una política keynesiana para incentivar la demanda, como el beneficio fue mucho más relevante para la población con menor propensión a consumir, el efecto de la medida fue exactamente el contrario al buscado.

rar una justificación 'científica' de la conveniencia de impuestos progresivos a partir del modelo marginalista".⁽⁹⁾

Este enfoque se basaba en el supuesto de que la utilidad marginal del ingreso puede ser medida cardinalmente y que es decreciente a medida que aumenta el ingreso. Aunque no parecen supuestos fuertes (en especial, comparados con otros de este cuerpo teórico), fueron muy cuestionados a partir de los años '30 del siglo XX y se pasó a mediciones ordinales que impidieron sostener las posturas precedentes. Justo cuando la gran depresión reclamaba un cambio copernicano en la política económica.

Sin embargo, la conformación de un nuevo cuerpo teórico, el keynesianismo, aportó el herramental necesario para que el capitalismo se recuperara, transformándose así en el nuevo paradigma que mantuvo su predominio hasta entrados los años '70.

En ese período se redefinió el rol del Estado en la economía, constituyéndose lo que pasó a denominarse Estado Benefactor, de Bienestar o, como lo llaman los franceses, de Providencia en los países centrales y sus versiones pauperizadas en los periféricos con los nombres Desarrollista o Populista, en este último caso con un dejo peyorativo, aunque sólo lo es para quien así lo entiende.

En la conformación de este nuevo Estado, en especial en los países centrales, le cupo un rol clave al sistema tributario, al menos, en dos aspectos. Por un lado, porque aportaba los recursos necesarios para financiar las nuevas funciones y atribuciones que se iban incorporando al quehacer del Estado y, por el otro, porque, a partir de estructuras impositivas marcadamente progresivas, garantizaban la extracción de los excedentes que luego se redistribuían al conjunto —o casi— de la sociedad. Estas funciones, junto a la regulación de la actividad económica, permitieron que el Estado tuviera un aporte decisivo para que la economía entrara en un círculo virtuoso que duró varias décadas y que los regulacionistas franceses dieron en llamar régimen de acumulación fordista caracterizándolo como la edad de oro del capitalismo.

(9) NUÑEZ MIÑANA, *Finanzas Públicas*, Bs. As., Ediciones Macchi, 1998.

En su versión periférica, estas tendencias también estaban presentes, aunque en menor grado: los sistemas tributarios no eran tan progresivos y las funciones y atribuciones, si bien se extendieron a áreas impensadas pocos años atrás, nunca alcanzaron el impacto y la cobertura de los países centrales. Tal vez el hecho más distintivo fue el rol de Estado productor, que adquirió mayores dimensiones que la mayoría de sus versiones europeas, por la insuficiencia e incapacidad de las burguesías locales para garantizar el desarrollo de actividades económicas estratégicas.

La edad de oro del capitalismo empezó a resentirse a mediados de la década del '70, con la aparición en simultáneo de estancamiento de la economía e inflación (la estanflación); y todos los cuestionamientos apuntaron al Estado y sus injerencias. Si de la crisis del '30 se salió con más Estado, quienes mantuvieron sus cotas de poder en todo este período aprovecharon la nueva crisis para procurar salir de ella con menos Estado. Como dice Bresser Pereira, "En la década de 1970, la pérdida de dinamismo de las economías desarrolladas, la caída de las tasas de ganancia y la estanflación fueron la oportunidad perfecta para que el neoliberalismo montara su ataque al Estado social. La teoría económica neoclásica logró, tras años de keynesianismo, recuperar un papel dominante".⁽¹⁰⁾

Entre los países centrales, EE.UU. y Gran Bretaña encabezaron el cambio de rumbo a inicios de los '80. Ronald Reagan, con su política por el lado de la oferta, reforma tributaria mediante; y Margareth Tacher centrada en el desprendimiento de empresas públicas y la "desregulación" de la actividad privada.

El cambio de paradigma en los países centrales no repercutió de manera inmediata en la presión tributaria. En el cuadro siguiente se observa con claridad la fuerte expansión de la recaudación tributaria medida en términos del producto en los últimos años, mientras el Estado Benefactor aún estaba en su apogeo: para el promedio simple de países de los cuales se dispone información consolidada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la presión tributaria pasó del 25,5% en el año 1965 al 30% en 1975 y al 33,3% en 1982. A partir de allí, en el agregado de países se registra una desaceleración en el crecimiento

(10) BRESSER PEREIRA, "El asalto al Estado y al mercado: neoliberalismo y teoría económica", en *Nueva Sociedad*, n° 221, 2010.

de este indicador, para amesetarse en tasas que rondan el 35% del PBI durante los segundos '80s y la década de los '90. El año 2000 pareciera ser el punto de inflexión, cuando en promedio alcanzan un máximo de 37,2% del PBI y, a partir de allí, empiezan a decrecer, aunque a una tasa bastante más moderada de la que se podría esperar, ante los profundos cambios que se estaban produciendo en la relación Estado-sociedad.

El análisis por país permite identificar particularidades, aunque en términos generales las tendencias reflejan muchas similitudes en aquellos casos en los cuales el Estado había tenido un menor desarrollo en la "edad de oro" y, consecuentemente, una menor presión tributaria. Este es el caso de aquellos países que suelen englobarse como Estado de Bienestar Mediterráneo —España, Portugal, Grecia e Italia— así como de Turquía, Suiza y Japón, los cuales mantuvieron una evolución creciente de la recaudación tributaria, incluso cuando empezó la declinación general. Sólo en algunos casos, y como consecuencia de los descalabros generados en sus economías por la imposición de los planes de ajuste del FMI, se observa una retracción de la presión tributaria en los últimos años (aspecto en el que nos detendremos seguidamente). En los países donde el Estado Benefactor adquirió su mayor grado de desarrollo y, en consecuencia, se alcanzaron mayores tasas en la relación recaudación tributaria/PBI —en general, por encima del 40% del PBI—, este *ratio* mantuvo la tendencia creciente y sólo empezó a declinar en la primera década de este siglo, pero, como se dijo, desde proporciones sumamente elevadas. Este es el caso de los países con el modelo Nórdico como Dinamarca, Suecia, Noruega y Holanda; y los Continentales: Francia, Alemania, Austria y Bélgica.

CUADRO 1. EVOLUCIÓN DE LOS RECURSOS TRIBUTARIOS EN % DEL PBI

	1965	1975	1982	1986	1995	2000	2010
Australia	20,60	25,40	26,80	28,60	28,20	30,40	25,60
Austria	33,90	36,70	38,80	40,80	41,40	43	42
Bélgica	31,10	39,40	42,70	44	43,50	44,70	43,50
Canadá	25,70	32	33	33,20	35,60	35,60	31
Dinamarca	30	38,40	41,60	48,20	48,80	49,40	47,60
Finlandia	30,40	36,60	36,90	41	45,70	47,20	42,50
Francia	34,20	35,50	41,10	42,40	42,90	44,40	42,90

	1965	1975	1982	1986	1995	2000	2010
Alemania	31,60	34,30	35,50	35,80	37,20	37,50	36,10
Grecia	18	19,60	24,70	27	29,10	34,30	30,90
Islandia	26,20	30	31	28,40	31,20	37,20	35,20
Irlanda	24,90	28,50	33,20	35	32,10	31	27,60
Italia	25,50	25,40	33	35,20	39,90	42	42,90
Japón	17,80	20,40	25,90	27,70	26,40	26,60	27,60
Luxemburgo	27,70	32,80	37,80	37,40	37,10	39,10	37,10
Holanda	32,80	40,70	42,70	43,10	41,50	39,60	38,70
Nueva Zelanda	23,90	28,40	33	31,70	36,20	33,20	31,50
Noruega	29,60	39,20	43,10	44,50	40,90	42,60	42,90
Portugal	15,90	19,10	24,10	25,80	29,30	30,90	31,30
España	14,70	18,40	24,10	29	32,10	34,30	32,30
Suecia	33,30	41,30	46,70	49,60	47,50	51,40	45,50
Suiza	17,50	23,80	25	26,20	26,90	29,30	28,10
Turquía	10,60	11,90	13,70	13	16,80	24,20	25,70
Reino Unido	30,40	34,90	38,50	37,40	34	36,40	34,90
EEUU	24,70	25,60	27	25,50	27,80	29,50	24,80
Prom. simple	25,50	29,90	33,30	34,60	35,50	37,20	35,30

Fuente: OCDE, 2012.

Se observa con claridad el impacto del nuevo paradigma en la política tributaria cuando se analiza la evolución histórica de la tasa general del impuesto a los ingresos aplicada a las empresas, en la cual se materializó la combinación del cambio en las formas de intervención del Estado, que, en este caso, podría definirse como una estrategia defensiva con la relocalización global de las grandes corporaciones y la profusión de las guaridas (o paraísos) fiscales. En todos los países en los que existe información consistente se registró una drástica reducción de las tasas (agregadas de todos los niveles de gobierno) desde la década de los años '80 hasta la fecha, al pasar de alícuotas que, por lo general, rondaban entre el 45% y el 50% de la renta (y, en algunos de ellos, del 60% o más, como Finlandia y Alemania) para el año 1981 a tasas que van del 20% al 30% en el año 2011. Sólo Japón y EEUU, aunque redujeron sus tasas, mantienen *ratios* cercanos al 40% de los ingresos gravados.

CUADRO 2. TASA GENERAL DE IMPUESTOS A LOS INGRESOS DE LAS EMPRESAS. EVOLUCIÓN ENTRE 1981 Y 2011

	2011	2000	1990	1981	Dif. 2011-81
Australia	30	34	39	46	-16
Austria	25	34	30	55	-30
Bélgica	34	40	41	48	-14
Canadá	28	42	41	51	-23
República Checa	19	31	-	-	-
Dinamarca	25	32	40	40	-15
Finlandia	26	29	45	62	-36
Francia	34	38	42	50	-16
Alemania	30	52	55	60	-30
Grecia	20	40	46	45	-25
Hungría	19	18	40	n.a.	-
Islandia	20	30	n.a.	n.a.	-
Irlanda	13	24	43	45	-33
Italia	28	37	46	36	-9
Japón	40	41	50	n.a.	-
Corea	24	31	n.a.	n.a.	-
Luxemburgo	29	37	n.a.	n.a.	-
México	30	35	36	42	-12
Holanda	25	35	35	48	-23
Nueva Zelanda	28	33	33	45	-17
Noruega	28	28	51	51	-23
Polonia	19	30	n.a.	n.a.	-
Portugal	27	35	40	49	-23
Eslovenia	19	29	-	-	-
España	30	35	35	33	-3
Suecia	26	28	53	58	-32
Suiza	21	25	31	33	-12
Turquía	20	33	n.a.	n.a.	-
Reino Unido	26	30	34	52	-26
EEUU	39	39	39	50	-11

Fuente: OCDE, 2012.

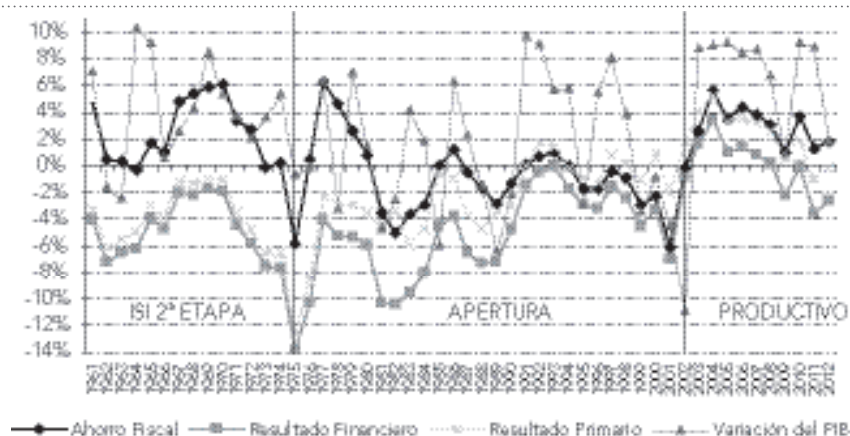
Los cambios en la política económica de la época habían empezado unos años antes en los países periféricos. Los que tomaron la iniciativa fueron

Chile con Pinochet y Argentina con Videla y la Junta Militar, con la apertura comercial y financiera, y el traspaso de la regulación de sus economías a las empresas transnacionales y grandes grupos económicos. La crisis de la deuda de los '80 y el Consenso de Washington de 1990 dieron el plafón necesario para la profundización y diseminación de estas políticas. Las consecuencias son conocidas y llevará muchos años (y por qué no, décadas) revertirlas.

En nuestro país, estas tendencias se pueden percibir desde las cuentas públicas y sus resultados. Éstos están influenciados por el ciclo económico, en algunos casos como consecuencia de la aplicación de políticas fiscales contracíclicas y, en otros, por las propias fluctuaciones en la presión tributaria de un sistema impositivo eminentemente procíclico. En la historia argentina de los últimos 50 años se entrecruzan ambas causas.

En el modelo de Industrialización Sustitutiva de Importaciones (ISI)⁽¹¹⁾ el Estado (en el agregado de los niveles Nacional y Provinciales) destinaba una proporción muy relevante del gasto público a la Inversión Pública (alrededor del 7% del PBI), que conllevaba un déficit financiero permanente. Sin embargo, cuando la economía crecía el resultado económico era superavitario y, cuando entraba en un valle, se acercaba al equilibrio, secuencia típica de la política fiscal contracíclica.

GRÁFICO 2. RESULTADOS FISCALES DEL SECTOR PÚBLICO CONSOLIDADO.
(EN % DEL PBI).



Fuente: CIEPyC en base a datos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

(11) Los datos comparables arrancan en la Segunda Etapa de la ISI, caracterizada por una elevada inestabilidad política como consecuencia de los recurrentes golpes de Estado y la

En 1975, durante la transición entre la ISI y el modelo de Apertura y valoración financiera, el deterioro de las cuentas públicas no se condijo con la tenue contracción de la economía. Este desempeño no pareciera originarse en una política orientada a evitar la retracción de la economía: el déficit fiscal se originó en una abrupta caída de la recaudación impositiva y no se aplicaron medidas específicas para reducir la carga tributaria con ese objetivo de política. Por el contrario, en ese año empezaron a regir el IVA (que reemplazaba el impuesto a las Ventas y a las Actividades Lucrativas) y Ganancias (que sustituía a Réditos), diseñados y sancionados más de un año antes y que implicaban un cambio estructural del sistema tributario. Una explicación más plausible podría encontrarse por el efecto Olivera-Tanzi originado en la licuación de la recaudación por la inflación detonada con el rodrigazo.

En el modelo de Apertura iniciado con la dictadura cívico-militar, después de un primer período con superávit económico, la inestabilidad de la economía terminó por consolidar el déficit tanto económico como financiero, a pesar de que la inversión pública iniciaba su tendencia hacia la declinación. Al final de la dictadura también se empieza a consolidar la existencia de un persistente déficit económico. Ya en democracia, pudo ser revertido por un breve lapso de tiempo mediante la implementación del Plan Austral, aunque el resultado financiero se mantuvo elevado.

Durante la fase expansiva del ciclo de la convertibilidad, el resultado económico tendió al equilibrio, pero con la creación de las AFJP (y el consiguiente desvío de los Aportes Personales del sistema previsional) y la crisis del Tequila, entre otros elementos, dicha tendencia se revirtió. Al mismo tiempo, el ajuste de la inversión pública y la privatización de las empresas públicas se tradujeron en una reducción del déficit financiero, aunque en ningún año alcanzó para equilibrar el resultado. Con la recesión iniciada a fines de 1998, las cuentas públicas profundizaron su deterioro, hasta alcanzar en el año 2001 el mayor déficit económico de todo el período analizado. Al igual que en 1975, el rojo de las cuentas no parece originarse,

.....

proscripción del peronismo. Sin embargo, el arrastre de época pudo más que la ideología de quienes estaban a cargo de la política económica. Bien valen los ejemplos de Álvaro Alzogaray y Adalberto Krieger Vasena, ministros de Frondizi y Onganía, respectivamente, cuya concepción conservadora no fue óbice para que, visto desde los tiempos actuales, llevaran a cabo políticas que podrían definirse como keynesianas.

al menos en esencia, en un intento de darle impulso fiscal a la economía, aunque, en este caso, sí se aplicaron algunas políticas por el lado de la oferta como intentos desesperados para reactivar la economía.

2.2 | La transición a una nueva época

Con el agotamiento del modelo de valorización financiera, a fines de la década de los años '90 y principios de los 2000, se encauzó en Argentina en particular y en América Latina en general un nuevo rumbo que empezó a delinear un cambio de época. Al igual que en la década del '70, pero en sentido inverso, fueron países de estas latitudes los que se arriesgaron a reorientar las políticas en una dirección distinta a la tendencia global.

En el año 2002, de transición en Argentina entre el modelo de Apertura y el Productivo, tanto el resultado económico como el financiero mejoraron drásticamente y terminaron levemente deficitarios, como consecuencia de una fuerte reducción del gasto, principalmente al mantener congelados los salarios y las jubilaciones a pesar de la inflación del 41% punta a punta. La contracción del gasto público actuó como una política procíclica y terminó colaborando para que se produzca la mayor retracción de la economía argentina en toda una centuria, con una caída del PBI del 10,9%.

La recuperación de esta profunda crisis inauguró el modelo Productivo con Inclusión Social, que permitió revertir la situación y consolidar una fase expansiva que tuvo como correlato la recuperación del superávit económico después de ocho años seguidos con déficit. También se logró en este período —por primera vez en, al menos, 50 años— obtener superávits financieros, resultado que perduró positivo durante seis años consecutivos. Mientras se garantizaban cuentas públicas robustas, se inició la recuperación de la inversión pública, que para el año 2008 se había triplicado en relación a los últimos años del período precedente y empezaba a acercarse al 5% del PBI, *ratio* que superó a partir del año 2011 para la consolidación de los Estados Nacional y Provinciales.

Mientras tanto, la mayoría de los países centrales se muestran desorientados y, con tozudez, prefieren mantenerse en los límites de una política que, recurrentemente, da señales de fin de ciclo. Como dice Koo:

“existe bastante confusión en los círculos de política, en los círculos académicos y también en los mercados (...) Es una situación

totalmente distinta a la que se aprende en la universidad. Allí se enseña que con tanta inyección de liquidez y tasas de interés en cero, se debería estar viendo una enorme respuesta de la economía. Pero no es lo que está pasando. (...) como la confusión es tan grande, la política ha sido muy inconsistente, no sólo en Estados Unidos sino en el mundo, y esto podría estar prolongando la recesión innecesariamente".⁽¹²⁾

Las políticas que se están llevando a cabo en los países centrales giran en un círculo vicioso que arriban al resultado contrario al buscado:

"cuando una economía está experimentando este tipo de recesiones, lo último que hay que hacer es una consolidación fiscal, porque lo único que se consigue es empeorar cada vez más la situación. Si el gobierno hace un ajuste fiscal mientras el sector privado sigue desendeudándose con tasas de interés en cero, primero colapsa la economía, después caen los ingresos fiscales y, por último, aumenta el déficit presupuestario. Parece que casi nada de esta dinámica es entendida hoy en día en el mundo".⁽¹³⁾

La orientación de la política económica predominante se refleja con claridad en materia tributaria. En los países dominantes, la tendencia a la reducción de alícuotas de los principales impuestos no terminó con las iniciadas con la *reaganomics* en los '80. Esta afirmación se puede validar contrastando tanto las tasas del impuesto que recae sobre las empresas como las tasas marginales máximas del impuesto a la renta para personas físicas de principios del actual siglo y en fechas vigentes. En las que recaen sobre las empresas, ya vimos la declinación, que fue muy contundente en la década de los años '80s, pero continuó, aunque con menor profundidad, en las dos décadas subsiguientes. En cuanto a las personas físicas, en la última década se observa la orientación de la política a partir de dos cambios, que en algunos países se dan en simultáneo. Por un lado, la reducción de las escalas de alícuotas y la consecuente disminución de la tasa marginal máxima. Por el otro, la disminución del umbral a partir del cual

(12) KOO, RICHARD, "El mundo en una recesión de balances", en *Ensayos Económicos*, n° 63, BCRA, julio/setiembre de 2011.

(13) *Ibid.*

empieza a regir la tasa marginal máxima, medido en términos del salario promedio de cada economía.

CUADRO 3. TASA MARGINAL MÁXIMA DEL IMPUESTO A LOS INGRESOS PERSONALES Y SU RELACIÓN CON EL SALARIO MEDIO. COMPARACIÓN 2012-2000

	Año 2012		Año 2000		Diferencia en p.p.	
	Marginal Máxima	Umbral Salario Medio	Marginal Máxima	Umbral Salario Medio	Tasa	Umbral
Australia	47,50%	2,40	48,50%	1,30	-1	1,20
Austria	43,70%	2	42,40%	2,30	1,30	-0,30
Bélgica	45,30%	1	52,60%	2,30	-7,30	-1,30
Canadá	48%	10,70	47,90%	2,10	0,10	8,60
Chile	39,40%	13,40	45%	16,30	-5,60	-2,90
República Checa	20,10%	0,40	28%	2,50	-7,90	-2,10
Dinamarca	56,10%	1,10	54,30%	1	1,70	0
Estonia	20,40%	0,20	26%	0,20	-5,60	0
Finlandia	47,70%	1,80	52,60%	2,10	-4,90	-0,30
Francia	50,30%	5,10	37,10%	2,90	13,20	2,20
Alemania	47,50%	5,80	53,80%	1,80	-6,30	4
Grecia	40,90%	6	37,80%	6	3,10	0
Hungría	20,30%	0,90	55,20%	0,90	-34,90	0
Islandia	45,30%	1,40	43,10%	1,50%	2,20	-0,10
Irlanda	48%	1	44%	0,70	4	0,30
Israel	48%	4,20	50%	2,40	-2	1,80
Italia	47,30%	10,40	46,40%	3,60	0,90	6,70
Japón	47,30%	4,70	45,50%	4,50	1,80	0,20
Corea	38,20%	8,90	36,70%	5,50	1,50	3,40
Luxemburgo	41,30%	3,20	47,20%	2,10	-5,80	1,10
México	30%	4,20	40%	49,30	-10	-45,10
Holanda	49,30%	1,20	60%	1,80	-10,70	-0,60
Nueva Zelanda	33%	1,40	39%	1,70	-6	-0,40
Noruega	40%	1,60	47,50%	2,60%	-7,50	-1
Polonia	20,90%	2,60	26,40%	3,50	-5,50	-1
Portugal	43,60%	11	35,60%	3,40	8	7,60
Eslovenia	31,90%	1,40	39%	4,30	-7	-2,90
España	52%	11,90	48%	4,30	4	7,60

	Año 2012		Año 2000		Diferencia en p.p.	
	Marginal Máxima	Umbral Salario Medio	Marginal Máxima	Umbral Salario Medio	Tasa	Umbral
Suecia	56,60%	1,50	55,40%	1,50	1,20	0
Suiza	36,10%	3,50	38%	4,10	-1,80	-0,60
Turquía	35,70%	3,60	40,60%	11,50	-4,90	-7,90
Reino Unido	50%	4,20	40%	1,30	10	2,90
EEUU	41,70%	8,40	46,50%	8,90	-4,80	-0,50

Fuente: OCDE 2012

El caso específico de Argentina es muy distinto. Las reorientaciones de política se observan con claridad en el plano fiscal. El nuevo modelo iniciado en 2003 tuvo como característica saliente la robustez de las cuentas públicas a partir de una significativa expansión de los recursos, principalmente los tributarios, al mismo tiempo que crecían partidas emblemáticas del gasto público, como reflejo de una redefinición de la función del Estado en la economía.

Como veremos, del lado de los ingresos, el aumento de la presión tributaria se originó en los mayores aportes de los Derechos de Exportación, Ganancias, Aportes y Contribuciones a la Seguridad Social y Débitos y Créditos, que permitieron alcanzar un récord histórico de más de 30% del PBI en la recaudación tributaria nacional.

Por el lado del gasto, entre las partidas que más se expandieron, se destacan la inversión pública, las jubilaciones y otros instrumentos de la protección social, con un rol protagónico de la Asignación Universal por Hijo y la Educación. También crecieron los subsidios a empresas dirigidos a evitar el aumento de las tarifas de los servicios públicos, en una política universal orientada a no constreñir la demanda agregada.

El superávit fiscal alcanzado en este período no fue el resultado del ajuste fiscal, sino consecuencia de la extraordinaria expansión de los ingresos tributarios. La política fiscal consiguió que el Estado pudiera inyectar demanda agregada en la economía, vía el alza del gasto público, en simultáneo con cuentas públicas robustas que posibilitaron la reducción del nivel de endeudamiento del sector público. En este sentido, se puede afirmar que el saldo de las cuentas fiscales no fue un objetivo de política en sí

mismo. Fue, en una primera instancia, el correlato de la cesación de pagos heredada (el *default*), que impidió tomar deuda con el sector privado y que, a su vez, exigió medidas drásticas en la materia. Entre ellas, se destacan la refinanciación de la deuda del año 2005, con una considerable quita y mejoramiento del perfil de endeudamiento, y el pago de la deuda con el FMI en 2006. Estas medidas, al mismo tiempo, permitieron disponer de más grados de libertad en la definición de la política económica.

Las provincias cumplieron un papel importante en este proceso. La política de inversión pública las tuvo como articuladoras y una proporción importante de las obras realizadas se ejecutó por su intermedio con financiamiento del Estado nacional. En Educación, la transferencia de las escuelas de los años '90 obligó a que los esfuerzos en el ámbito nacional se materialicen en acciones de coordinación y en la ampliación de las transferencias de recursos a las provincias para alcanzar (y superar) el objetivo del 6% del PBI destinado a esta finalidad. En consecuencia, las remesas nacionales a las provincias crecieron significativamente en esta etapa y permitieron cumplir con estas intervenciones y, al mismo tiempo, alcanzar cuentas equilibradas para el conjunto de los gobiernos subnacionales.

**CUADRO 4. TRANSFERENCIAS AUTOMÁTICAS
Y PRESUPUESTARIAS A PROVINCIAS Y CABA. EN % DEL PBI**

Año	Recursos de Origen Nacional de Distribución Automática			Transferencias Presupuestarias a Gobiernos Provinciales			Total
	Coparticip. Federal de Impuestos (*)	Otros Recursos de Origen Nacional (**)	Subtotal	Corrientes	de Capital (***)	Subtotal	
1993	3,40%	2%	5,40%	0,30%	0%	0,30%	5,70%
1994	3,40%	1,80%	5,20%	0,10%	0,40%	0,60%	5,60%
1995	3,10%	1,90%	5,10%	3,40%	3,40%	3,40%	3,40%
1996	3,30%	1,90%	5,20%	0,10%	0,50%	0,60%	5,80%
1997	3,40%	1,90%	5,30%	0,20%	0,50%	0,70%	6%
1998	3,60%	1,90%	5,50%	0,20%	0,50%	0,60	6,10%
1999	3,70%	1,90%	5,60	0,30%	0,40%	0,70%	6,30%
2000	3,70%	2%	5,70%	0,20%	0,40%	0,60%	6,30%
2001	3,50%	1,80%	5,30%	0,20%	0,40%	0,60%	5,90%
2002	2,70%	1,50%	4,20%	0,80%	0,20	1,10%	5,30%

Año	Recursos de Origen Nacional de Distribución Automática			Transferencias Presupuestarias a Gobiernos Provinciales			Total
	Coparticip. Federal de Impuestos (*)	Otros Recursos de Origen Nacional (**)	Subtotal	Corrientes	de Capital (***)	Subtotal	
2003	3,40%	1,80%	5,20%	0,60%	0,30%	0,90%	6%
2004	4,60%	1,80%	6,30%	0,70%	0,40%	1,10%	7,40%
2005	4,80%	1,70%	6,50%	0,80%	0,70%	1,50%	8%
2006	4,90%	1,60%	6,50%	0,60%	1%	1,60%	8%
2007	5,30%	1,50%	6,80%	0,80%	0,90%	1,70%	8,50%
2008	5,20%	1,50%	6,70%	0,70%	0,80%	1,50%	8,20%
2009	5,20%	1,40%	6,60%	0,90%	1,40%	2,30%	8,90%
2010	5,50%	1,50%	7%	0,90%	1,50%	2,30%	9,40%
2011	5,80%	1,50%	7,30%	0,60%	1,30%	1,90%	9,20%
2012	6,20%	1,60%	7,90%	0,60%	1,10%	1,70%	9,60%

Fuente: CIEPYC, en base a datos de la Secretaría de Hacienda del MECON.

Todos estos elementos representan una situación fiscal inédita para el Sector Público argentino y permitieron arribar a una solidez de las cuentas públicas sin antecedentes en la historia.

Con la crisis internacional iniciada en 2008, el panorama fiscal se resintió levemente ante la necesidad de una política fiscal contracíclica para sostener la demanda agregada vía una expansión mayor del gasto público en general y la inversión pública en particular. Los recursos se desaceleraron, básicamente, por una composición tributaria eminentemente procíclica.

Las respuestas más relevantes se dieron mediante medidas de política que tuvieron efectos muy relevantes por el lado del endeudamiento: la estatización de las AFJP y, consecuentemente, de los fondos administrados por ellas; la segunda refinanciación de deuda con quitas; y la instrumentación del Fondo para el Desendeudamiento Argentino (FONDEA). La nueva refinanciación redujo la deuda pública total, mejoró su perfil y permitió salir del *default*. Las otras dos medidas implicaron un traspaso de deuda con el sector privado al público y, con ello, permitieron seguir con la política de prescindir del endeudamiento externo. En conjunto, estas medidas implicaron una reducción del pago de intereses de deuda y de amortizaciones

y, por sobre todas las cosas, una drástica contracción de la deuda pública en posesión del sector privado.

Este panorama está en sintonía con los planteos actuales de la CEPAL.⁽¹⁴⁾ En un trabajo reciente, después de enumerar los desafíos para construir una nueva “arquitectura estatal”, se plantea el interrogante sobre el nivel de recursos con que cuentan los Estados para enfrentarlos. Y se concluye que: “El nivel de gasto público está condicionado por la capacidad recaudatoria de los países. La tributación constituye, en este sentido, el espacio de política decisivo para incrementar la capacidad financiera del Estado que le permite cumplir su rol proactivo en la promoción del desarrollo y la igualdad social”.

Si bien este trabajo se concentra en la política tributaria, corresponde dejar constancia que a la administración tributaria le corresponde un rol clave para garantizar que las modificaciones de política redunden en cambios efectivos sobre el patrón distributivo vigente. Expresado de otra forma, la política tributaria puede cubrir los espacios vacíos y reducir la elusión impositiva, pero también es importante combatir la evasión. Aunque la evasión no distingue entre clases sociales, las resistencias de las élites a una mayor imposición pueden materializarse en la búsqueda de mecanismos para aminorarla. Por lo general, las capas sociales más ricas de la población aprovechan al máximo los hiatos normativos para eludir el pago de impuestos, pero si se cercena este camino (y una reforma en la política tributaria debería lograrlo) no suelen tener escrúpulos para, lisa y llanamente, evadir el pago de impuestos.

No parece una casualidad que los impuestos progresivos sean los más evadidos/eludidos. En los impuestos a la propiedad, el no pago es compartido entre la morosidad, la evasión y la elusión, aunque no existen estudios recientes que aporten una aproximación de cuál sería su magnitud. En el trabajo de Jiménez, Gómez Sabaini y Podestá⁽¹⁵⁾ se realizaron estimaciones de la evasión de los impuestos a la Renta de algunos países de América Latina. Si bien estos trabajos tienen muchas limitaciones, reconocidas por quienes hicieron los estudios, por las restricciones de información existentes, los

(14) CEPAL, *Espacios iberoamericanos: Hacia una nueva arquitectura del Estado para el desarrollo*, op. cit., 2011.

(15) GÓMEZ SABAINI, JUAN CARLOS; JIMÉNEZ, JUAN PABLO y PODESTÁ, ANDREA, “Tributación, evasión y equidad en América Latina y el Caribe”, op. cit.

cálculos de la evasión arrojan proporciones muy elevadas que van de casi el 42% en México a poco menos del 64% en Ecuador y Guatemala. En Argentina, la evasión de Ganancias (tanto para personas físicas como jurídicas) sería un caso intermedio, con una tasa de casi el 50% de la recaudación potencial o teórica, esto es, si no existiera evasión se podría recaudar alrededor del doble de los ingresos obtenidos por este gravamen.

CUADRO 5. EVASIÓN GLOBAL EN EL IMPUESTO A LA RENTA

País (año)	Presión Tributaria	Recaudación Teórica	Recaudación Efectiva	Brecha	Tasa de evasión	Brecha/Recaudación Tributaria Total
	En % del PIB				%	%
Argentina (2005)	27,20	11,30	5,70	5,60	49,60	20,60
Chile (2003)	18,80	8,10	4,30	3,90	47,40	20,40
El Salvador (2005)	14,20	7	3,80	3,10	45,30	22,20
Ecuador (2005)	14,90	8,60	3,10	5,50	63,80	36,80
Guatemala (2006)	12,10	8,70	3,10	5,50	63,70	45,80
Perú (2006)	16,70	11,90	6,10	5,80	48,50	34,70
México (2004)	10,30	7	4,10	2,90	41,60	28,50

Fuente: Jiménez, Gomez Sabaini y Andrea Podestá (2010).

Cuando la evasión recae sobre los impuestos que le aportan progresividad a la estructura, no sólo afecta a la equidad horizontal sino también a la vertical. Este es un elemento relevante a contemplar, no sólo en lo que se refiere a la capacidad recaudatoria y de control de los organismos responsables de la administración tributaria, sino también cuando se rediseña el sistema tributario.

Como plantea Gaggero:

“resulta vital para alcanzar un cierto grado de equidad en una sociedad que se opere con vigor [tanto en la distribución primaria como en la secundaria]. Ello es así porque la historia parece mostrar que allí donde la ‘distribución primaria’ tiene características extremas (‘salvajes’) es más limitada la corrección ‘secundaria’ posible. Muy esquemáticamente, esto tendría dos razones principales, en planos diferentes. Por un lado, se plantea un problema

de limitación instrumental dado que la capacidad de 'corrección fiscal' no es ilimitada (en cuanto a la medida en que resulta capaz de modificar la regresividad 'primaria'). Por el otro, en las situaciones de extrema inequidad 'primaria' se plantea usualmente un problema de 'correlaciones de fuerza' en el plano socio-político muy desfavorables para las mayorías, ya que los actores y procesos que definen tal grado de regresividad 'primaria' tendrán también capacidad para bloquear las eventuales reformas fiscales (tributarias y del gasto público) que podrían mitigarla, al menos en parte, en la fase de redistribución 'secundaria'".⁽¹⁶⁾

Otro especialista en la materia, Alejandro Otero,⁽¹⁷⁾ sienta posición en la misma dirección, al afirmar que:

"en el marco de sociedades signadas por la desigualdad y la asimetría de poder, las instituciones fiscales y los impuestos en particular, expresan la correlación de fuerzas entre los distintos actores económicos y sociales. Y, a la par, el sistema tributario se vuelve 'arena' de resolución de conflictos de intereses entre ellos. De modo que los actores tienden a percibirlo como un instrumento maleable al servicio de sus intereses".

Una línea similar refleja uno de los últimos trabajos publicados por la CEPAL, cuando, al proponer un nuevo pacto fiscal por la igualdad, esgrime:

"La extensión de la desigualdad de ingresos en la región ha influenciado la actual realidad del sistema tributario, lo que genera un círculo vicioso de desigualdad de ingresos y regresividad tributaria, en lugar de un círculo virtuoso que posibilite, mediante el esquema tributario, la corrección de los grandes desequilibrios de ingreso. (...) Desde la óptica política, es evidente que la desigualdad social puede promover el surgimiento de 'grupos de élites' que buscan minimizar su carga tributaria relativa, ya sea mediante el control del proceso legislativo o procurando que se legislen normas tributarias con esos efectos".

(16) GAGGERO, JORGE, "La progresividad tributaria. Su origen, apogeo y extravío (y los desafíos del presente)", *op. cit.*

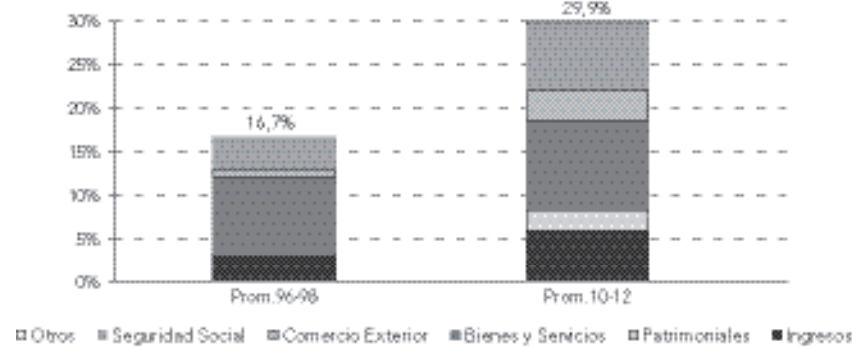
(17) OTERO, ALEJANDRO, "El Federalismo Fiscal Argentino y sus fatigas. Una mirada desde la Administración Tributaria", en *Revista Entrelíneas de la política económica*, n° 10, CIEPyC-UNLP, 2008, p.24.

3 | Réconds del presente

Si bien desde el 2003 no se produjeron cambios significativos en la política tributaria —aunque se lograron avances en materia de administración—, no se deben menoscabar las diferencias existentes entre la recaudación tributaria actual y la obtenida en la década de los años '90.

En el promedio de los años 2010-12, la presión tributaria nacional alcanzó el 29,9% del PBI, que significa un récord histórico y supera a la existente en el período 1996-98 (los años más representativos de la convertibilidad) en más de 13 puntos porcentuales (p.p.) del PBI. Una proporción muy importante de esta expansión se explica en decisiones de política trascendentes aplicadas en este período: el 28,9% del aumento (3,8 p.p. del PBI) es sostenido por los Aportes y Contribuciones a la Seguridad Social y el 22,5% del crecimiento (3,0 p.p. del PBI) se origina en la recaudación por Derechos de Exportación (DE, conocidos como retenciones). También fueron relevantes los aportes del impuesto a las Ganancias, con el 23,0% de los recursos adicionales (3,0 p.p. del PBI). El otro dato destacado es que los impuestos sobre los Bienes y Servicios (los que gravan al Consumo), básicamente el IVA, estuvieron entre los que registraron menores aumentos y sólo contribuyeron con el 9,7% del alza (1,3 p.p. del PBI).

GRÁFICO 3. COMPARACIÓN DE LA RECAUDACIÓN TRIBUTARIA NACIONAL. EN % DEL PBI



	Prom 96-98	Prom 10-12
Otros	0%	0,20%
Seguridad Social	3,80%	7,60%
Comercio Exterior	0,70%	3,50%
Bienes y Servicios	9%	10,30%

	Prom 96-98	Prom 10-12
Patrimoniales	0,30%	2,30%
Ingresos	2,90%	6%

Fuente: CIEPyC en base a datos del Min. de Economía y Finanzas Públicas de la Nación.

La expansión de las fuentes contributivas del sistema de Seguridad Social tiene tres orígenes: la eliminación del tope máximo para las contribuciones patronales, la recuperación de los aportes que se desviaban a las AFJP y el aumento de la masa salarial formal.

Con respecto a la primera de ellas, en junio de 2001 se había dispuesto, mediante el decreto 814, un tope máximo para la base imponible de los aportes personales y las contribuciones patronales a la seguridad social. Este límite se eliminó para el caso de las contribuciones patronales con el decreto 491/04, aunque empezó a regir tiempo después. Esta medida implicó ingresos adicionales al sistema previsional estatal originados en las contribuciones patronales de los salarios más elevados de la escala y, en consecuencia, corrigió una decisión que conllevaba un sesgo regresivo a las fuentes propias del sistema de seguridad social.

En el segundo caso, en el año 2008, mediante la ley 26.425, aprobada por amplia mayoría en el Congreso de la Nación, se eliminó el régimen de capitalización individual y se recuperó un sistema único de previsión social basado en un régimen de reparto administrado por el Estado. Aunque no puede ser considerada una medida de política tributaria, su trascendencia en términos del financiamiento del sistema previsional es indudable. Los aportes personales que hasta ese momento se destinaban a las AFJP volvieron a financiar el sistema de reparto y representaron cerca de 1 p.p. del PBI adicionales.⁽¹⁸⁾

La masa salarial formal aumentó por tres causas que se concatenan: la reducción del trabajo no registrado, la creación de empleos formales y el alza del salario observada en el período; las tres se corresponden a la dinámica propia del modelo puesto en marcha a partir de 2003. La proporción de asalariados no registrados, aunque sigue elevada, tuvo una drástica reducción

(18) En realidad, este cambio de destino no debería implicar una variación de la presión tributaria, pero como los aportes que se desviaban a las AFJP no se contabilizaban como ingresos tributarios del Estado, no conformaban la recaudación y, por ende, se excluían del cálculo de la presión tributaria.

en los últimos años: pasó del 48,9% en el cuarto trimestre de 2004 al 34,6% de los asalariados en el cuarto trimestre de 2012.⁽¹⁹⁾ A su vez, en el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones,⁽²⁰⁾ en el promedio del año 2012, se registraron 9,8 millones de asalariados, lo cual representa un crecimiento de 5,6 millones de aportantes adicionales a los del año 1996. Finalmente, entre 1996 y 2012, las remuneraciones promedio de los trabajadores del sector privado registradas en el SIPA aumentaron casi 700% en valores nominales, al pasar de \$875 a \$6977. También aquí se observan los avances en la lucha contra la informalidad: en este caso, por una declaración más adecuada de las empresas de los salarios para realizar los aportes previsionales.

En cuanto a los DE, éstos se reimplantaron durante el año 2002, con alícuotas que iban desde el 5% —básicamente, a las manufacturas de origen industrial y el petróleo—, a tasas más elevadas para los principales productos primarios —que llegaron en ese mismo año a 20% para trigo y maíz, y 23,5% para soja y girasol—. Sin embargo, a partir del año 2003 se realizaron una gran variedad de modificaciones que, con avances y retrocesos, llevaron a aplicar alícuotas móviles para el petróleo y sus derivados, tasas del 35% para el poroto de soja y 32% para sus derivados (aceites y pellets), 23% para el trigo y 13% para su harina, 20% para el maíz y 20% para los biocombustibles, entre otros.

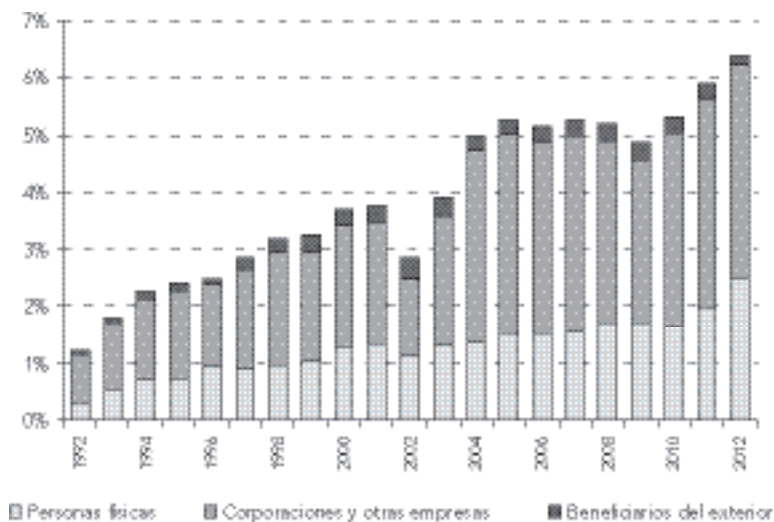
Las tasas diferenciadas entre las manufacturas de origen industrial, y la actividad agropecuaria y sus subproductos, permitieron un tipo de cambio diferencial a favor de las primeras para contrarrestar una de las deficiencias más notorias de la economía argentina, como es la estructura productiva desequilibrada. Esta política tuvo un fallido intento de profundizarse con las retenciones móviles para los granos y oleaginosas y sus derivados —que, después de una larga confrontación, fue derogada por la oposición del Congreso—. Éste es un claro ejemplo de las dificultades para aplicar una reforma cuando los intereses afectados tienen capacidad de resistencia. Aunque sería deseable alguna vez reincidir en el intento de alícuotas móviles en estos productos, es indudable que, dado el antecedente, sería muy difícil lograr una correlación de fuerzas suficiente que permita sostener una propuesta de este tipo.

(19) Fuente: EPH continua de cada trimestre. INDEC.

(20) En base a datos del Sistema Integrado Previsional Argentino. Excluye a los aportantes a las cajas de jubilaciones de las provincias y a las cajas profesionales.

Por otra parte, con el impuesto a las Ganancias, en la comparación entre el periodo 2010-12 y el promedio de 1996-98 se verifica que la recaudación pasó de aportar 2,8% al 5,9% del PBI. A su interior, el componente de Ganancias que alcanza a las Personas Físicas aumentó de 0,9% a 2,1% del PBI, mientras que Sociedades se duplicó en dicho período para alcanzar en la actualidad el 3,6% del PBI.

GRÁFICO 4. EVOLUCIÓN DEL IMPUESTO A LAS GANANCIAS. EN % DEL PBI



Fuente: CIEPyC en base a datos del Min. de Economía y Finanzas Públicas de la Nación.

A partir del año 2003 no se realizaron modificaciones relevantes que puedan considerarse factores explicativos del crecimiento de este impuesto. En la comparación entre los períodos se destaca una medida tomada en un período previo: el incremento de la alícuota del 33% al 35%, tanto para las empresas como para personas (en este último caso, la tasa marginal máxima) realizada a fines de los '90.

En consecuencia, la expansión en términos reales de Ganancias está principalmente ligada al crecimiento de la economía y a los mayores controles de la evasión. En el impuesto que alcanza a las Sociedades, estas dos causas se ponen de manifiesto en la evolución de la cantidad de presentaciones y, en especial, en aquéllas con impuesto determinado —esto es, en los casos en que la declaración jurada de la empresa refleja una ganancia sujeta a impuesto—. De acuerdo a información de AFIP, las sociedades

que realizaron presentaciones con un impuesto determinado pasaron de poco más de 62 mil en 1997 a 126 mil en 2010, es decir, se verifica más del doble de empresas.

En este desempeño se conjugan dos factores explicativos. Por un lado, el crecimiento de la cantidad de empresas que se produjo en el período por un fuerte aumento de la tasa de natalidad neta; y, por el otro, el aumento más que proporcional de las empresas con impuesto determinado en relación al total de presentaciones —y, en particular, de aquellas que declaran ventas (las que se encuentran en operación)—.

CUADRO 6. IMPUESTO A LAS GANANCIAS SOCIEDADES. PRINCIPALES DATOS

	Año 1997	Año 2010	Diferencia	Variación
Presentaciones (en casos)				
1. Presentaciones totales	124.372	234.158	109.786	88,30%
2. Con ventas de Bienes y Servicios	105.721	176.387	70.666	66,80%
3. Con Impuesto Determinado	62.262	126.956	64.694	103,90%
4. Ventas (en Millones de \$)	278.283	1.867.691	1.589.408	571,10%
5. Gcia. Neta Imp. (en Millones de \$)	16.749	168.944	152.196	908,70%
6. Imp. Determinado (en Millones de \$)	5.503	58.788	53.285	968,30%
Relaciones				
Present. con Imp. Determ. s / con ventas (3/2)	0,59	0,72	0,13	22,20%
Ventas Promedio (4/2) En \$	2.632.239	10.588.596	7.956.357	302,30%
Gcia. Neta Imp. Promedio (5/3) En \$	269.004	1.330.732	1.061.728	394,70%
Imp. Determinado Promedio (6/3) En \$	88.387	463.060	374.673	423,90%

Fuente: CIEPyC, en base a Anuario Estadístico de AFIP, años 1998 y 2011.

Por cierto, el monto por el impuesto determinado creció casi un 1000% entre 1997 y 2010. La diferencia entre esta expansión y la de la Ganancia Neta sujeta al impuesto (más de 900%) es explicada por el aumento de alícuota del 33% al 35%. A riesgo de simplificar demasiado, se podría decir que el crecimiento de la cantidad de presentaciones con ventas de bienes y servicios (66,8%) sería un indicador del nacimiento de nuevas empresas y el de aquellas con impuesto determinado, que se reparte entre esta causa y un mayor control de la administración tributaria. El efecto de ambas cuestiones se puede visualizar al comparar la variación de la Ganancia sujeta a impuesto y la de su promedio (casi 400%).

Para tener una referencia del crecimiento de la recaudación originada en la expansión de la cantidad de empresas, se puede analizar la información disponible en el Observatorio de Empleo y Dinámica Empresarial que elabora el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Aunque los universos son muy distintos,⁽²¹⁾ allí se puede observar que en el año 2012 figuran 197 mil empresas más que en el año 1996, con un crecimiento de 48,7% entre ambos años.

En base a esta información surgen dos cuestiones adicionales a contemplar. La primera es que de las casi 603 mil empresas que conforman la base de dicho observatorio, más de la mitad (casi 340.000) son Personas Físicas y, en consecuencia, en materia tributaria son tratadas como tales y no como Personas Jurídicas. El segundo aspecto destacado es que la comparación con los años '90 no tiene en cuenta ni la destrucción neta de empresas que se produjo hasta el año 2002, ni que recién a partir de 2003 se empezó a incrementar la cantidad de empresas (el nacimiento neto). En la comparación con el año 2002, en el año 2012 había un 60% más de empresas, que representan 226 mil empresas adicionales.

CUADRO 7. EMPRESAS PRIVADAS. SEGÚN TIPO JURÍDICO

Tipo jurídico	Cantidad			Diferencia		Variación	
	1996	2002	2012	2012-1996	2012-2002	2012/1996	2012/2002
Personas físicas	211.196	190.201	339.052	127.856	148.851	60,50%	78,30%
Sociedades Anónimas	50.974	51.885	80.387	29.413	28.502	57,70%	54,90%
Sociedades de Responsabilidad Limitada	48.877	45.156	83.959	35.082	38.803	71,80%	85,90%
Otras sociedades comerciales	49.909	38.515	36.770	-13.139	-1745	-26,30%	-4,50%
Otras formas de asociación	44.496	51.006	62.821	18.325	11.815	41,20%	23,20%
Total	405.452	376.763	602.989	197.537	226.226	48,70%	60%

Fuente: CIEPYC, en base a Observatorio de Empleo y Dinámica Empresarial. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

(21) En la información del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social están todas las empresas que tienen declarados trabajadores en relación de dependencia. Asimismo, se incluye a empresas que, por su figura jurídica, tributan como Personas Físicas.

En cuanto al impuesto determinado desagregado por actividades, se puede observar que la Industria es la que más aporta con el 28,2% del total, seguida por el Sistema Financiero y las actividades relacionadas con el 17,8% de participación. Los sectores que más aumentaron el monto de impuesto determinado fueron el Agropecuario, la Construcción y la Minería, con un alza del 2380%, 1325% y 1.239%, respectivamente, aunque el aporte sobre el total es exiguuo en los dos primeros (5,2% y 4,7%), mientras que la Minería pasó a ser el tercer sector en importancia (14,7% del total).

CUADRO 8. IMPUESTO A LAS GANANCIAS SOCIEDADES. IMPUESTO DETERMINADO

	Año 1997		Año 2010		Variación 2010/1997
	En Mill. \$	Estructura	En Mill. \$	Estructura	
Agricultura, caza, silvicultura y pesca	122,20	2,20%	3030,40	5,20%	2380%
Explotación de minas y canteras	645,40	11,70%	8639,10	14,70%	1239%
Industrias manufactureras	1504,70	27,30%	16.581,90	28,20%	1002%
Electricidad, gas y agua	298,30	5,40%	1135,60	1,90%	281%
Construcción	192,50	3,50%	2742,20	4,70%	1325%
Comercio, restaurantes y hoteles	731,50	13,30%	7464,50	12,70%	920%
Transportes, almacen. y comunicaciones	691	12,60%	6285	10,70%	810%
Establ. financieros, seguros, etc.	1008,30	18,30%	10.446,90	17,80%	936%
Serv. comunales, sociales y personales	250,20	4,50%	2462	4,20%	884%
Actividades no bien especificadas	59,10	1,10%	0,70	0%	-99%
Total de presentaciones	5530,10	100%	58.788,30	100%	968%

Fuente: CIEPyC, en base a Anuario Estadístico de AFIP, años 1998 y 2011.

Por otra parte, en general se considera que una decisión de alto impacto en términos de recaudación en Ganancias de Sociedades fue la imposibilidad de actualizar el balance por inflación a los efectos del cálculo de la ganancia sujeta a impuesto. Sin embargo, según nuestra interpretación, esta medida —muy cuestionada, al menos en sus inicios—, sólo aporta para compensar lo que se conoce como el efecto Olivera-Tanzi, esto es, la merma de ingresos para el fisco provocada por la inflación que socava la base por el tiempo existente entre el momento en que se genera el hecho

imponible (cuando surge la obligación con el fisco) y el pago efectivo del gravamen. Si se tiene en cuenta que la presentación de la declaración se realiza 5 meses después de finalizado el ejercicio fiscal correspondiente, aunque los adelantos y los regímenes de retención y percepción reducen parcialmente este lapso, el rezago en la contribución es muy extenso y, por tanto, la pérdida de recaudación por este efecto tendería a ser superior al costo de las empresas por no ajustar los balances por inflación, si bien dependerá de la velocidad de rotación de capital de cada actividad.

Por el lado del impuesto a las Ganancias que recae sobre las Personas Físicas, las medidas aplicadas en estos años fueron: el cambio en el tratamiento de los fideicomisos financieros, la eliminación de la reducción de la ganancia no imponible, conocida como la tablita de Machinea, ambas efectuadas en el año 2008, y los aumentos de la ganancia no imponible y las deducciones especiales. Ninguna de estas tres medidas tuvo efectos significativos en términos de recaudación.

La eliminación de esta tabla implicó una reducción de ingresos al fisco que se estimó en alrededor de 0,3% del PBI anuales. Sin embargo, no afecta la comparación con el período 1996-98, porque esta medida se había instituido a partir del año 2000.

Por lo general, se acepta que Ganancias a Personas Físicas es un impuesto al salario, aunque tiene otras fuentes de ingresos en su base imponible. De las declaraciones juradas surge que, entre los ingresos gravados, la fuente renta del trabajo personal, conocida como 4ª Categoría (que incluye los salarios de los trabajadores en relación de dependencia, los haberes jubilatorios y los ingresos de los autónomos) aporta la mitad de los ingresos gravados que figuran en tales declaraciones del impuesto. Incluso la participación de esta categoría decreció levemente en relación al año 1997, al pasar del 52,7% al 49,2% del total de ingresos gravados.

CUADRO 9. IMPUESTO A LAS GANANCIAS PERSONAS FÍSICAS Y SUCESIONES INDIVISAS. INGRESOS GRAVADOS. PARTICIPACIÓN DE LAS DISTINTAS FUENTES

	Año 1997	Año 2010
1ra. Categoría (renta del suelo)	7,10%	8%
2da. Categoría (renta de capitales)	1%	0,90%
3ra. Categoría (beneficios de las empresas)	19,50%	17,10%

	Año 1997	Año 2010
4ta. Categoría (renta del trabajo personal)	52,70%	49,20%
Participación en empresas o actividades (beneficio)	19,70%	24,80%
Total fuentes	100%	100%

Fuente: CIEPyC en base a Anuario Estadístico de AFIP, años 1998 y 2010.

Sin embargo, las declaraciones juradas no reflejan la totalidad de la recaudación del impuesto. A modo de ejemplo, en el año 2011, en las declaraciones juradas del ejercicio 2010 el impuesto determinado por Personas Físicas alcanzó a casi \$19,6 mil millones, mientras que la recaudación por este tributo fue de casi \$36,7 mil millones. Así, alrededor del 47% de los ingresos no figura en las declaraciones. Esto se origina, principalmente, en el régimen de retenciones de los asalariados que no están obligados a presentar la declaración jurada.

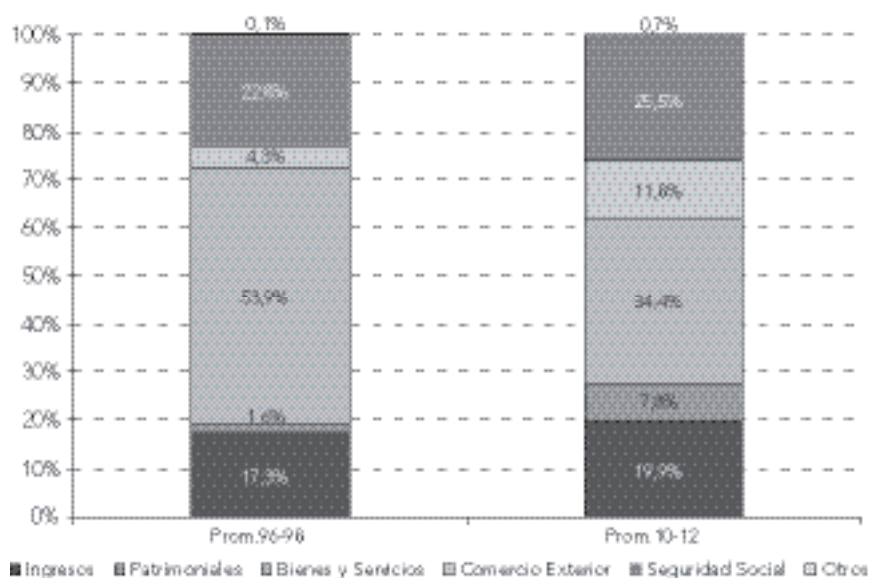
Por tanto, si se ajusta la información de las declaraciones a la recaudación y se acepta que toda la diferencia entre ambas surge del aporte de los asalariados, se puede afirmar que cerca de tres cuartas partes de la recaudación se obtiene de la 4° categoría (incluidos los autónomos).

El cuarto restante lo aportan las otras fuentes, entre las que se destacan la 3° categoría —que surge del beneficio de las empresas que no aplican el impuesto que recae sobre las sociedades— y la participación en empresas y actividades que es un desprendimiento de esta categoría: en conjunto explican más del 40% de los ingresos gravados, según las declaraciones juradas; y aproximadamente un 20% de la recaudación. Las restantes fuentes tienen un aporte exiguo, tanto la definida como renta del suelo (en realidad básicamente los alquileres de inmuebles y arrendamientos de campos) y, en especial la renta de capitales, que refleja las limitaciones en la base imponible de esta fuente, aspecto que fue parcialmente subsanado con la reciente reforma en este impuesto y sobre la cual nos detendremos cuando realicemos las recomendaciones de política para este gravamen.

Con todas las variaciones reseñadas, la composición de la estructura tributaria es muy distinta a la de los '90. En aquellos años, de cada 100 pesos de recaudación, 53,9 pesos eran aportados por los impuestos al Consumo, mientras que en el promedio 2010-12 aportaron 34,4 pesos, esto es,

19,5 pesos menos. Los gravámenes al Comercio Exterior en los 90s aportaban apenas 4,3 pesos y, con el nuevo modelo, lo hacen con 11,8 pesos; los impuestos sobre la propiedad contribuían con 1,6 pesos y ahora lo hacen con 7,8 pesos. Los impuestos a los ingresos (básicamente, Ganancias) alcanzaron a aportar 25,5 pesos, casi 3 pesos más que en los '90s, mientras que las Contribuciones sociales lo hacen con casi 20 pesos a la estructura, 2,5 pesos más que en dicho período.

GRÁFICO 5. COMPOSICIÓN DE LA RECAUDACIÓN TRIBUTARIA NACIONAL. COMPARACIÓN ENTRE PROMEDIOS 2010-12 Y 1996-98



Fuente: CIEPyC, en base a datos del Min. de Economía y Finanzas Públicas de la Nación.

Las unidades subestatales miembros de una Unión Federal: ¿nuevos sujetos del Derecho Internacional Público?

El caso de los gobiernos locales en la República Argentina⁽¹⁾

por **CLAUDIA G. GASOL VARELA**⁽²⁾

I | Introducción. Marco metodológico y cuestiones a ser analizadas

En el Derecho Internacional Público (DIP), la cuestión de los Estados Federales no es nueva. Ya en el marco de la Conferencia Internacional para

(1) Para el análisis de estos temas se tomará como base los siguientes trabajos (de los cuales se efectuarán reproducciones parciales) 1) GASOL VARELA, CLAUDIA G.: "Gobiernos Locales y gestión internacional. Aspectos constitucionales e *ius* internacionalistas aplicables al caso argentino. Debates actuales", ponencia expuesta en el *Coloquio Federativo "Cooperación Internacional Federativa. Marco legal y mecanismos institucionales"*, jornada académica organizada por el Gobierno de la República Federativa de Brasil y el *Forum of Federations*. Brasilia, octubre 2011 y publicada en la página del CARL: http://www.cari.org/organos/comiteprovincias_actividades.html 2) GASOL VARELA, CLAUDIA G.: "Gobiernos Locales y gestión internacional. El caso argentino", en *Temas de política exterior, comercio internacional y relaciones internacionales*, n° 5, año V, diciembre 2012, Publicación de la Asociación Profesional del Servicio Exterior de la Nación, pp. 133/154.

(2) Abogada (1998). Especialista en Derecho de daños (UB, 2000), Magíster en Diplomacia y Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense (UCM) y Escuela Diplomática de

la Codificación del Derecho Internacional, que fue celebrada en Ginebra en 1930, se estableció que el Estado responde por los actos cometidos por sus órganos y sobre la base del principio de “unidad del Estado”; el concepto “órgano” es amplio, abarcativo de aquéllos pertenecientes a gobiernos provinciales y municipales.

A su tiempo, la Comisión de Derecho Internacional —órgano subsidiario de la Asamblea General de Naciones Unidas— trabajó sobre el tema en dos ocasiones: 1) al momento de elaborarse los informes tendientes a la adopción de un proyecto de convención en materia de “derecho de los tratados internacionales” y 2) con motivo de diseñarse el régimen de responsabilidad internacional de los Estados. En dichas ocasiones, el resultado estuvo orientado a negar a los entes subnacionales una capacidad de “*treaty making power*” (capacidad de celebrar tratados), así como a ratificar el principio de derecho internacional que indica que la responsabilidad internacional es de Estado a Estado.⁽³⁾

El dinámico y muy pujante escenario regional e internacional en materia de gestión internacional de gobiernos locales, que se viene desarrollando en los últimos tiempos, evidencia cambios en la forma e intensidad de ese relacionamiento que, a nuestro criterio, representan un desafío para el desarrollo progresivo del derecho internacional en áreas tales como el derecho de los tratados internacionales, la subjetividad internacional y la responsabilidad internacional del Estado.

Nuestro país no fue ajeno a dicha realidad, pues receptó la gestión internacional de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) en la última reforma constitucional del año 1994 a través de la consagración de las atribuciones a las provincias de crear regiones y de celebrar convenios internacionales bajo ciertas condiciones que la propia Carta Magna estipula, lo cual abarca a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) conforme el régimen particular que se de al efecto.

Madrid (2009). Ex Becaria OEA (2000), MAEC-AECI (2007-2008), UCM - Madrid (2009), UPV (2010). Profesora: UBA-UNLZ-UB. Preparadora ISEN en derecho constitucional, derecho internacional público, redacción de ensayos, coloquios de aptitud diplomática.

(3) Entre otros, asunto LaGrand —Alemania con EUA—, Provisional Measures, ICJ Reports 1999, pp. 9 y 16; párrafo 28.

El presente trabajo intenta ser una contribución académica al debate suscitado acerca de la naturaleza jurídica de los convenios internacionales que celebran los gobiernos locales argentinos, y busca determinar si podemos estar ante verdaderos tratados internacionales. En ese sentido, se persigue reflejar los distintos interrogantes que el tema generó en el ámbito del Derecho Internacional Público, en los intentos de obtener una respuesta jurídica a ellos. Para ello, analizaremos los aspectos relevantes de la cuestión a los efectos de evidenciar la existencia de una posible y naciente subjetividad internacional de los entes subestatales. Por último, efectuaremos algunas conclusiones.

2 | Los gobiernos locales en el plano regional e internacional

El Derecho Internacional contemporáneo, que surgió con el sistema de Naciones Unidas en la segunda posguerra, adopta características propias en orden al surgimiento de nuevas áreas de cooperación e integración que van rediseñando el concepto tradicional de soberanía, así como “transforman” el carácter eminentemente interestatal del Derecho Internacional clásico, en un orden jurídico que contempla otros sujetos y/o entidades que interactúan en el plano internacional. Su advenimiento va marcando el inicio de una etapa en donde el concepto de Estado-Nación propio del modelo **westfaliano** entra en crisis al evidenciarse que ya no sólo participan los Estados en la toma de decisiones de temas conjuntos, sino que también otras entidades cobran relevancia.

Cada vez con mayor presencia, se vienen incorporando a las agendas político-institucionales y académicas los debates y reflexiones acerca de la gestión internacional que vienen desarrollando los Gobiernos locales en los distintos Estados Federales o con algún grado de descentralización. Es así como Estados, Ciudades, Regiones, Provincias, Comunidades, Departamentos, Municipios, Landers y Cantones “salen al mundo”, a mostrarse e interactuar con pares, sea a nivel individual o en instancias regionales de integración y/o cooperación tales como el Comité de Regiones de la Unión Europea (CDR) y, más cercano a nuestras latitudes, la red Merco Ciudades y el Foro Consultivo de Municipios,

Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur (FCCR) que sustituye a la Reunión Especializada de Municipios e Intendencias (REMI); que son, tanto el CDR como el FCCR de consulta previa en los temas de análisis del bloque de integración al cual pertenecen, cuando esas temáticas incumban a los gobiernos locales. Ello, desde luego, amerita un primer interrogante basado en determinar si con estas instancias regionales de "consulta previa" no se persigue una verdadera "codecisión" de los gobiernos subnacionales en aquellas materias que les son inherentes.

3 | El sistema federal en Argentina. Gestión internacional de las provincias

La República Argentina tradicionalmente adoptó la forma representativa, republicana y federal como forma de organización política. Siguiendo a Hernández, a través de un sistema descentralizado que comprendió también a los municipios.⁽⁴⁾

Vale destacar que, en nuestro sistema constitucional, los municipios son sujetos de derecho público provincial y, por ende, su régimen está establecido en la Constitución provincial que corresponda. La Carta Magna Nacional sólo garantiza su autonomía (arts. 5° y 123 CN), régimen reconocido con anterioridad por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).⁽⁵⁾ En lo que respecta a la "gestión internacional" no hay un régimen uniforme. Algunas Constituciones provinciales la contemplan y otras no, pero en la práctica, los municipios se "lanzan al exterior" por lo que la existencia o no de un régimen jurídico interno positivo no es condición esencial para desarrollar actividad internacional.

(4) Ver HERNÁNDEZ, MARÍA ANTONIO, "La influencia de la Constitución norteamericana en el federalismo argentino y de la Constitución española de 1978 en el constitucionalismo provincial", en Walter Carnota, *Derecho federal. Sus implicancias prácticas*, Bs. As., Grun editora, 2005, pp. 21/58. Se sugiere la consulta de dicha obra a los efectos de profundizar en los aspectos histórico - constitucionales de nuestro federalismo a la luz del pensamiento de Alberdi y la letra de la Constitución a través de las sucesivas reformas.

(5) CSJN, Fallos 312:326, "Rivademar, Ángela D. B. Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario", 21/03/1989.

La Carta Magna refleja un sistema descentralizado de poder político de tipo federal,⁽⁶⁾ en donde podemos encontrar por un lado el Gobierno Central y por el otro las 23 administraciones Provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ex-Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires)⁽⁷⁾ creada formalmente por la Constitución Nacional en su última reforma a través del art. 129, en donde también tiene asiento la Capital Federal. Al decir de Dalla Via,⁽⁸⁾ la reforma de 1994 creó un nuevo sujeto de Derecho Público, pues fue en ese momento que se reconoció un “gobierno autónomo” para la Ciudad de Buenos Aires con facultades propias de legislación y jurisdicción y, con un Jefe de Gobierno elegido directamente por el pueblo de la Ciudad. Previo a la reforma, la Constitución Nacional reconocía sólo como sujetos de Derecho Público al Estado Federal y a las provincias.

El sistema federal —en lo atinente a las atribuciones de gestión externa de las provincias y CABA— se vio acentuado y reforzado en 1994⁽⁹⁾ cuando se produce la última reforma constitucional que incorpora el art. 124 que textualmente dice así:

“Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios interna-

(6) Para profundizar ello, se sugiere consultar el primer informe del proyecto: “CARI (Comité: Las provincias en el plano internacional)” - PNUD; elaborado como resultado de una investigación llevada adelante por la Dra. Graciela Zubelzú y la Lic. Valeria Iglesias; con la colaboración en la investigación documental y redacción del informe, de la autora del presente trabajo, Zubelzú (coord.) - Iglesias; Gasol Varela (colab.), “Provincias y Relaciones Internacionales”. Primer Informe, Bs. As., 2004 [en línea], <http://www.cari.org.ar/pdf/informe1.pdf>. Allí se exponen otras opiniones de corte constitucional que dejan inferir que no siempre el concepto de “Estado federal” está vinculado con la idea de descentralización y que los sistemas federales en los distintos Estados son diferentes, señalándose como ejemplo de ello que el federalismo argentino difiere del estadounidense justamente por los niveles y grados de descentralización. Finalmente, se concluye que la histórica tensión en nuestro país desde los tiempos de la organización constitucional entre descentralización— centralización no se terminó con el texto adoptado en 1853, sino que persistió dando lugar a lo que algunos referentes del ámbito constitucional de nuestro país, han denominado como un “unitarismo solapado” o “federalismo de confrontación —federalismo de cooperación— federalismo de extorsión”.

(7) Arts. 5º, 13 y arts. 121, 129 CN.

(8) DALLA VIA, ALBERTO R., *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2009.

(9) Ley 24.309, publicada en BO 31/12/1993. Allí se declara la necesidad de la reforma a la Carta Magna.

cionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio...”.

De su texto se desprende la atribución de las provincias y de la CABA de celebrar “convenios internacionales” con determinadas limitaciones, a saber: a) que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación, b) que no afecten facultades delegadas al Gobierno Federal, c) que no afecten el crédito público de la Nación y d) que se celebren con conocimiento del Congreso Nacional.

a) Que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación

La conducción de la política exterior es competencia del Gobierno federal por delegación en la Constitución Nacional a través de los arts. 27, 75 (incs. 13, 15, 18 y 19, 99, inc. 11, 125 y 126). Si bien esta competencia no puede ser ejercida por las provincias, corresponde efectuar ciertas consideraciones respecto de los poderes que las provincias se han reservado por imperio del art. 121 CN y de aquéllos concurrentes con el Gobierno federal para el bienestar económico y social, ya que en dicha gestión en diversas ocasiones puede ser que en orden a la protección de sus intereses la provincia actúe en el ámbito internacional a condición de no comprometer negociaciones que hagan a las relaciones internacionales del Estado federal.

b) Que no afecten facultades delegadas al Gobierno federal

En ese sentido, señala Mooney⁽¹⁰⁾ que son poderes exclusivos del gobierno federal los establecidos en los arts. 75, 99, 100 y 116 (siendo éstos de tipo explícito) y mencionando especialmente lo indicado en el art. 75, inc. 32 como un poder implícito de la Nación. Por ello, explica Salviolo⁽¹¹⁾ que las competencias que llegasen a ser objeto de convenios internacionales por parte de nuestras provincias, están mencionadas en el art. 125 de nuestra CN.

(10) MOONEY, ALFREDO E., *Derecho Público Provincial*, Córdoba, Editorial Advocatus, 2001, pp. 78/79.

(11) SALVILOLO, MARCELO, A., *Provincias y Convenios Internacionales. Una propuesta desde el federalismo de concertación*, Bs. As., ISEN, Editorial Nuevo Hacer (GEL), 2005, p. 117.

c) Que no afecten el crédito público de la Nación

Badeni⁽¹²⁾ aclara la cuestión al indicar que ello implica no comprometer la responsabilidad de la Nación o el alcance de los compromisos de esa índole que contrajo. Salviolo aclara que estos “convenios internacionales” no podrían comprometer a la Nación, excepto que ella se haya constituido como avalista.⁽¹³⁾

d) Que se celebren con conocimiento del Congreso Nacional

Este aspecto es controvertido, actualmente, dentro de la doctrina constitucional, reflejándose ello en el ámbito legislativo donde encontramos diversos proyectos de ley que entienden este requisito en distintas instancias de celebración del Convenio.⁽¹⁴⁾

Esta atribución conferida a las provincias —que, desde luego, ya se venía implementando previamente a 1994— generó diversos interrogantes que devinieron en variadas opiniones acerca de si es conveniente reglamentar o no dicho artículo y sobre quién debe recaer esa actividad legislativa.⁽¹⁵⁾

En cuanto a los debates que esta norma generó, los mismos se centran en la cuestión referida a la posibilidad de considerar a esos convenios internacionales como verdaderos “tratados internacionales” y, desde luego, ello nos remite a la cuestión de si las provincias pueden ser consideradas “sujetos del Derecho Internacional”.

Estos temas los abordaremos en el título 4 del presente trabajo.

(12) BADENI, GREGORIO, *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Bs. As., Ad-Hoc, 1994, p. 437 y ss., citado por CASTILLO ARGAÑARÁS, LUIS F., “Federalismo y Relaciones Internacionales” en Walter Carnota, *Derecho federal. Sus implicancias prácticas*, op. cit., pp. 71/96.

(13) SALVIOLLO, MARCELO A., op. cit. Asimismo, para un análisis más profundo acerca de éste requisito, se recomienda la citada obra en donde Salviolo realiza un análisis con distintas variantes posibles de interpretación del mismo.

(14) Para ampliar ello se puede consultar: 1) Comité de provincias - CARI / Reunión plenaria del día 26 de setiembre de 2002. Participaron: Eduardo Iglesias, Alan Beraud, Luciano Fabris, Juan Sola, Alberto Dalla Via, Daniel Sabsay, Julio Barberis y Lilian del Castillo. 2) GASOL VARELA, CLAUDIA G., “Gobiernos Locales y gestión internacional. Aspectos constitucionales e ius internacionalistas aplicables al caso argentino. Debates actuales”. [en línea], http://www.cari.org.ar/pdf/presentacion_claudia_varela.pdf

(15) Se recomienda consultar los mismos documentos de trabajo indicados.

3.1 | Debates actuales acerca de la necesidad de reglamentar el art. 124 CN⁽¹⁶⁾

Con la aplicación práctica por parte de las provincias argentinas y la CABA en el ejercicio de la atribución prevista en el art. 124 en cuanto a la celebración de convenios internacionales con Estados extranjeros, la cuestión de la reglamentación de dicho artículo ha generado un debate al que condujo la falta de “acuerdo pacífico en el campo doctrinario”⁽¹⁷⁾, que hace referencia al alcance, la naturaleza y la responsabilidad que se haya generado por dichos convenios internacionales, tal como se viene planteando a lo largo del presente estudio.

De acuerdo al debate que se generó, las alternativas serían las siguientes:

- Reglamentación por el Congreso Nacional.
- Reglamentación por las Provincias.
- La no reglamentación.

En cuanto a la primera alternativa es coherente pensar que si en el Congreso Nacional están representados los Estados federales y el pueblo de la Nación, debería ser él quien se encargue de reglamentar el art. 124. En cuanto a la segunda, desde el punto de vista que se requiere un marco jurídico adecuado para que el órgano federal competente —la Cancillería Argentina— colabore y asista al Estado Federado en el ejercicio de sus potestades constitucionales, no parece la alternativa más viable. En cuanto a la tercera alternativa, sus seguidores sostienen que si se llega a vulnerar las facultades previstas por la norma en análisis, se cuenta con el remedio de la declaración de inconstitucionalidad de lo actuado por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, también con el de la intervención federal. No obstante lo cual, pensamos que dichas alternativas no eximirían lo referido a la responsabilidad internacional que, actualmente y como veremos a continuación, le es atribuida al Estado central.

De todos modos, el debate está abierto y los argumentos en uno u otro sentido deben intentar llegar a una solución, para posibilitar el desarrollo

(16) Para la realización de este apartado se ha consultado la obra SALVIOLO, MARCELO, *op. cit.*

(17) SALVIOLO, MARCELO A., *ibid.*

armónico de las provincias argentinas y por ende de la República Argentina.⁽¹⁸⁾ Actualmente, la norma no cuenta con reglamentación, pero sí se cuenta en el Congreso Nacional con proyectos legislativos al respecto.⁽¹⁹⁾

4 | La cuestión de los Estados federales desde el Derecho Internacional Público. La subjetividad internacional en su faz activa y pasiva

Como venimos analizando, es cada vez más intensa y dinámica la gestión internacional de entes subnacionales, dando lugar a interrogantes que alcanzan al Derecho Internacional Público y sobre los cuales esta ciencia jurídica no fue ajena, sino que, muy por el contrario, tomó la delantera y ya se expidió sobre ello en los años sesenta del pasado siglo, así también en tiempos más recientes confirmando lo dicho antes. No obstante ello, si bien incorporaremos estas referencias, nos preguntamos si un nuevo análisis de la cuestión puede vislumbrar cambios en algunos conceptos tradicionales del Derecho Internacional dado el avance creciente registrado en la materia.

4.1 | La capacidad de celebrar tratados internacionales. Primera instancia de tratamiento de la cuestión federal

4.1.1. Sujetos del DIP. Capacidad de celebrar tratados internacionales

Sostiene el profesor Julio Barberis⁽²⁰⁾ que el concepto de sujeto de derecho se encuentra vinculado con la noción de ámbito de validez personal

(18) Se recomienda consultar: Comité de provincias - CARI / Reunión plenaria del día 26 de setiembre de 2002, *op. cit.*

(19) Se recomienda consultar: GASOL VARELA, CLAUDIA G., "Gobiernos Locales y gestión internacional. Aspectos constitucionales e ius internacionalistas aplicables al caso argentino. Debates actuales", *op. cit.*

(20) BARBERIS JULIO, *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Editorial Tecnos, 1984, p. 203.

de las normas, el cual expresa el conjunto de personas vinculadas por aquéllas. Por todo ello concluye afirmando que:

“...sujeto del orden jurídico internacional es toda entidad o individuo que es destinatario directo de una norma del orden jurídico internacional que otorga un derecho o impone una obligación (...) puede definirse al sujeto como aquel cuya conducta está prevista directa y efectivamente por el derecho de gentes como contenido de un derecho o de una obligación”.⁽²¹⁾

A esta definición, Díez de Velasco agrega que se necesita, asimismo, otro requisito para ser considerado sujeto del Derecho Internacional, cual es la capacidad procesal para ejercer esos derechos o cumplir dichas obligaciones en el ámbito internacional.⁽²²⁾

Respecto del caso argentino y en ocasión de la reunión plenaria del Comité “Las provincias en el plano internacional del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales”, desarrollada el 26 de setiembre de 2002,⁽²³⁾ en el que se planteó un debate jurídico acerca del art. 124 CN el profesor Dr. Julio Barberis indicó expresamente que:

“...son pocos los países en los que los estados provinciales celebran tratados internacionales. Los ejemplos son: los cantones suizos; los länders alemanes; y la provincia canadiense de Québec, donde se lleva al máximo este tema, pues en determinadas materias le corresponden facultades internacionales a la propia provincia. Y el otro país somos nosotros. El crédito público de la nación no puede ser afectado por la provincia: si esto ocurre, el responsable en el ámbito internacional no es el Estado federal, sino la provincia. (El único caso similar es el de la vieja URSS, donde el Estado federal no respaldaba la política exterior de Bielorrusia) (...) si hay una provincia que puede manejarse sola,

(21) BARBERIS, JULIO; PFIRTNER, FRIDA ARMAS y QUEROL, MARIA, “Sujetos del Derecho de Gentes”, *Cuadernos de Derecho Internacional* 1, Bs. As., Depalma, 1998.

(22) Díez de VELASCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1999, p. 218 y ss.

(23) Reunión plenaria CARI-Comité de provincias. Participantes: Eduardo Iglesias, Lilian del Castillo, Alan Beraud, Luciano Fabris, Juan Sola, Alberto Dalla Via, Daniel Sabsay y Julio Barberis, *op. cit.*

debe ser responsable internacionalmente por sí misma, sin requerir el apoyo de la Nación...".

Nos resulta interesante incorporar esta visión proveniente de un prestigioso jurista de derecho internacional como "disparador" para evaluar alternativas diferentes sobre la cuestión federal, las que, como veremos a continuación, se conciben en el derecho internacional actual.

Ahora bien, una vez establecido qué entendemos por sujeto del derecho internacional y su posible aplicación al caso argentino, e intentando arrojar luz al tema que nos ocupa, corresponde establecer las siguientes consideraciones. En virtud de que una entidad sea destinataria directa de normas provenientes del ámbito internacional y posea la capacidad procesal para ejercer los derechos o responder ante las obligaciones que dicha norma le atribuya, determina su condición de sujeto del Derecho Internacional Público y —por ende— le permite poseer el llamado "*treaty making power*" (o capacidad de celebrar tratados), ejercer el derecho de legación activo y pasivo y responder internacionalmente ante las consecuencias perjudiciales de sus actos y/o incumplimiento del Derecho Internacional.

En ese entendimiento, y dadas las disposiciones emanadas del art. 124 antes analizado, correspondería formular dos planteos: en primer lugar, al referirnos a los convenios internacionales celebrados por las provincias bajo el marco del indicado artículo de la Constitución Nacional, ¿estamos ante verdaderos "tratados internacionales" según el Derecho Internacional Público? Asimismo, la indicada "atribución" conferida por la Carta Magna, ¿convierte a las provincias en sujetos internacionales y —por ende— posibles de responsabilidad internacional?

A los efectos de contestar nuestros interrogantes comenzaremos por remitirnos a la definición de "tratado internacional" que nos brinda el profesor Julio Barberis, quien admite que se puede definir al tratado internacional de la siguiente manera "...se caracteriza por ser creado mediante una manifestación de voluntad común de dos o mas sujetos del derecho de gentes con capacidad suficiente tendiente a establecer una regla de derecho en el orden jurídico internacional y que esté regido directamente por ese ordenamiento..."⁽²⁴⁾

(24) BARBERIS, JULIO, *Formación del Derecho Internacional*, Bs. As., Depalma, 1994, p. 49.

También, referimos —en el ámbito del Derecho Internacional Público— a la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados en donde vemos que en su art. 2° inc. a) se describe los tratados a los cuales dicho texto se aplica, en los siguientes términos: "... se entiende por 'tratado' un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular", definición a partir de la cual observamos que se refiere solamente a los Estados. De estas dos definiciones surge a la vista que para celebrar "tratados internacionales" se debe ser "sujeto" de ese ordenamiento jurídico.

El art. 6° de la señalada Convención confirma lo dicho cuando afirma que "Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados...". Este artículo generó un rico e intenso debate en el ámbito de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) a los efectos de elaborar el proyecto de art. 6° para la celebración de la Convención, ya que es allí donde se debatió la posibilidad de incluir a los Estados miembros de uniones federales como entidades con capacidad para celebrar "tratados internacionales", pero finalmente no se los incluyó.

Ernesto de la Guardia, en su obra "Derecho de los Tratados Internacionales"⁽²⁵⁾ recreó este debate planteándolo como la "cuestión de los Estados Federales".⁽²⁶⁾ Cuenta allí que el tema venía debatiéndose ya desde hace unos años, cuando en el Proyecto de 1962 se incluía a los Estados miembros de una unión federal junto con las Organizaciones Internacionales y demás sujetos del DIP. El Proyecto de la CDI con respecto al actual art. 6° contenía una segunda parte que indicaba lo siguiente: "... 2. Los Estados miembros de una unión federal podrán tener capacidad para celebrar tratados si esa capacidad está admitida por la constitución federal y dentro de los límites indicados por ésta".

En el año 1965, al momento de decidirse la exclusión de las Organizaciones Internacionales, se entendió que el artículo ya no resultaba útil —pues el ámbito de aplicación personal de la Convención estaría dado solamente por los Estados— y que esa segunda parte refería a una cuestión neta-

(25) DE LA GUARDIA, ERNESTO, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Bs. As., Depalma, 1997.

(26) *Ibid.*, p. 131.

mente de derecho interno. Esa fue la posición asumida por la República Argentina argumentando que el proyecto de artículo no le generaba inconveniente porque su Constitución Nacional (la de 1853-1860) no otorgaba esa atribución a los gobiernos locales argentinos y que ello era una cuestión interna de cada Estado.

En el segundo período de sesiones de la Conferencia de Viena, y con el impulso de la delegación canadiense (que veía en esa segunda parte del articulado un complejo problema con la cuestión de “Quebec”), se procedió a la eliminación de esa segunda parte del artículo, quedando su texto tal como hoy lo conocemos. Ello por 66 votos contra 28 y 13 abstenciones, lo cual es importante destacar, pues puede ser ilustrativo del consenso en esa época sobre esta cuestión.⁽²⁷⁾ En ese sentido, De la Guardia incluye en su argumentación el texto constitucional de diversos Estados donde se niega —al menos en principio— esta atribución a los Estados miembros de una federación. Tal es el caso de la Constitución de Estados Unidos en su art. 1º, secc. 10, párrs. 1 y 3, la Constitución Federal Suiza de 1874 en su art. 8º, la Constitución de la URSS de 1944 en su art. 18 a) y la Ley Constitucional de la República Federal de Alemania de 1949 en su art. 32, párr. 3.⁽²⁸⁾

Todo ello, también generó que, de los trabajos de la CDI, quedara expresado el alcance del vocablo “Estado” para ese artículo con el mismo sentido con el que se lo entiende en la Carta de Naciones Unidas, en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar de 1958 y en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; ello, a los efectos del Derecho Internacional.⁽²⁹⁾ Concluye De la Guardia⁽³⁰⁾ afirmando que de ello se deduce una pauta general que es que “si una entidad no tiene atribuida capacidad para concluir tratados no estará calificada como Estado en el sentido de esta disposición”.

De todo lo expuesto hasta aquí podemos afirmar que los sujetos del Derecho Internacional pueden celebrar tratados, estén o no regidos por la

(27) *Ibid.*, p. 132.

(28) *Ibid.*, pp. 132/133.

(29) *Ibid.*, p. 132.

(30) DE LA GUARDIA, ERNESTO y DELPECH, MARCELO, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, Bs. As., Feyde-La Ley, 1970, p. 180.

Convención de Viena.⁽³¹⁾ Ahora bien, en el caso de los Estados miembros de un Estado Federal, tal atribución no viene dada directamente del Derecho Internacional Público, sino por la Constitución del Estado, encontrando entonces su capacidad para actuar internacionalmente, en una disposición constitucional⁽³²⁾ y, por ende, de derecho interno. No obstante ello, si nos remitimos a la "pauta de Viena" indicada en el párrafo anterior, se podrían vislumbrar nuevas cuestiones a ser consideradas en un debate futuro, a título "*lege ferenda*" sobre el tema.

4.2 | La responsabilidad internacional en el caso del Estado Federal. Segunda instancia de tratamiento de la cuestión federal

4.2.1. Responsabilidad Internacional

Por otra parte, si analizamos los preceptos establecidos por la CDI en su trabajo sobre Responsabilidad Internacional de los Estados⁽³³⁾ que fue aprobado por resolución 56/83 de la Asamblea General del 12 de diciembre de 2001, encontramos claramente la cuestión en dos artículos importantes de dicho documento. El primero de ellos es el art. 4º, que dispone:

"Comportamiento de los órganos del Estado. 1) Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del mismo. 2) Se entenderá que órgano incluye a toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno".

(31) El art. 3º de la convención; no le resta validez.

(32) Ver CASTILLO ARGANARÁS, LUIS F., *op. cit.*

(33) Para la elaboración del presente apartado se han utilizado los siguientes recursos de investigación (publicaciones y documentos normativos nacionales e internacionales):

- a) Proyecto Crawford sobre la Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Anexo a la Resolución 56/83 del 2001 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- b) Informe del Proyecto, elaborado por el Sr. Relator Especial James Crawford. Se lo puede hallar en Biblioteca Naciones Unidas - Sede Argentina sita en Junín 1940 Capital Federal - bajo el N° A/56/10 (01-59916 (S) 251001 251001.

Allí, el Sr. Relator Especial James Crawford indica la responsabilidad internacional del Estado, más allá de que el acto ilícito⁽³⁴⁾ sea cometido por algún órgano del Estado nacional, como así también por algún órgano correspondiente a uno de sus miembros subnacionales.

El art. 5° lo complementa al disponer que:

“Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el art. 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”.

Dicho articulado podría ser perfectamente aplicable a aquellas entidades que se conforman con capitales públicos y privados bajo diversas formas societaria —por ejemplo, una sociedad de economía mixta— para promover la internacionalización y el comercio exterior de las provincias.

El Relator Especial refiere a la situación de los Estados Federales y su relación con sus Estados miembros; lo cual aplicado al caso de nuestro país, explicaría —a la luz del Derecho Internacional Público— la relación entre el Estado Federal y las Provincias de suscitarse algún incumplimiento por parte de estas últimas, respecto al Derecho Internacional y a las obligaciones que éste le impone al Estado Federal, como estructura. En ese contexto, explica Crawford que, si bien la forma de organización de un Estado, su estructura y sus órganos, no se rigen por el Derecho Internacional sino por el ordenamiento jurídico interno, el Derecho Internacional tiene una función propia que es delimitar la responsabilidad internacional del Estado por los comportamientos de aquellos órganos y/o entidades que actúan, según esa organización interna, conforme prerrogativas de derecho público interno.

Crawford explica que esa es la tendencia en el Derecho Internacional a la luz de la jurisprudencia y doctrina más sobresaliente. En ese aspecto, cita

(34) Caracterizado a través de los elementos que lo componen, en el art. 2° del documento, donde afirma que “Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado”.

diversos pronunciamientos de los tribunales internacionales que atribuyen la responsabilidad internacional al Estado Federal por los comportamientos realizados por los Estados subnacionales —en el caso argentino, las provincias—⁽³⁵⁾ Agrega también que el art. 4º,⁽³⁶⁾ al hacer referencia a un órgano del Estado, lo realiza bajo un concepto amplio que incluye no solamente a los órganos de la administración central, funcionarios de nivel superior o personas encargadas de las relaciones exteriores, sino también a los órganos de gobierno de cualquier tipo y jerarquía “... inclusive a nivel provincial o incluso local⁽³⁷⁾ (...) no se distingue entre órganos ejecutivos, legislativos ni judiciales”.⁽³⁸⁾ En ese aspecto, Crawford menciona la decisión de la Comisión Franco-Italiana de Conciliación en el asunto relativo a los “Herederos del duque de Guisa”, que afirmó que:

“...a los efectos de alcanzar una decisión en el presente caso, poco importa que el decreto del 29 de agosto de 1947 no fuera promulgado por el Estado Italiano sino por la región de Sicilia, ya que el Estado Italiano responde de la aplicación del Tratado de Paz, incluso en los que respecta a Sicilia, independientemente del grado de autonomía que el derecho público de la República Italiana conceda a Sicilia en las relaciones internas...”.⁽³⁹⁾

Se trata de un principio que, como indicáramos en la introducción, ya estaba presente en los trabajos preparatorios de la Conferencia para la Codifi-

(35) Agrega que este aspecto fue destacado, en el marco de los Estados Federales, en el asunto *LaGrand (Alemania con EUA)*, *Provisional Measures*, ICJ Reports 1999, pp. 9 y 16, párr. 28. Ver Crawford, 2, p. 66, cita 102.

(36) Ver nota 5 del presente informe.

(37) CRAWFORD, JAME, *op. cit.*, p. 70.

(38) Crawford, cita el asunto: “Salvador Commercial Company en donde el tribunal arbitral declaró que: El Estado responde de los actos de sus dirigentes, ya pertenezca a la rama legislativa, ejecutiva o judicial, siempre que los actos sean realizados en calidad oficial...”. También, se citan pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia en el asunto correspondiente a la diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos cuando dijo que “Es una norma de derecho internacional comúnmente reconocida que el acto de los órganos del Estado debe considerarse como acto de ese Estado. Esta norma [es] de carácter consuetudinario...”. Asimismo, dijo la Corte internacional de Justicia que el mismo principio se aplica a los poderes legislativos y judiciales. Crawford, *op. cit.*, pp. 70/71, ver citas 112/3/4.

(39) UNRIIAA; vol. XIII, p. 150 (1951), ver p. 161. Ver también decisiones anteriores como, *Pieri Dominique and Co. Case Ibidem*, vol. X. p. 139 (1902), en la p. 156. Ver Crawford, *op. cit.*, p. 73.

cación del Derecho Internacional de 1930.⁽⁴⁰⁾ Específicamente para el caso que nos ocupa, Crawford agrega que no interesa que la división territorial sea conforme a un Estado Federal o sea una región autónoma específica, como así tampoco importa si el derecho estatal confirió o no, al poder legislativo federal, la atribución de obligar a esa división territorial a cumplir las obligaciones internacionales del Estado.

Crawford concluye su análisis,⁽⁴¹⁾ en este aspecto, manifestando que en la actualidad estamos en presencia de federalismos muy disímiles entre sí, y reconociendo un elemento común en la mayoría de ellos que es la falta de personalidad jurídica internacional de sus Estados miembros, en especial, la capacidad para celebrar tratados.⁽⁴²⁾ De ello deducimos que —como afirmaba Roberto Ago—⁽⁴³⁾ la responsabilidad internacional es de Estado a Estado y —por ende— los Estados miembros de una federación carecerían, también, de esa capacidad de responder internacionalmente, ya que el único responsable en el plano internacional es el Estado y, en el caso de una federación, el Estado Federal.

En el informe sobre la responsabilidad internacional de los Estados se reconoce como una posible excepción la existencia de la llamada “cláusula federal” en el acuerdo. Ello es común en materia de derechos humanos. En efecto, veamos qué nos dice al respecto la Convención Americana:⁽⁴⁴⁾

“Artículo 28. Cláusula federal:

1) Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

(40) *Ibid.*

(41) Ver CRAWFORD, JAMES, *op. cit.*, p. 75, pto. 10.

(42) Para un análisis más profundo, ver: 2do. Informe final Proyecto PNUD - CARI (2005) en su Anexo a cargo de la Mag. Gasol Varela, Claudia Gabriela. Se lo puede localizar en www.cari1.org.ar

(43) Citado por CASTILLO ARGANARÁS, LUIS, F., *op. cit.*

(44) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Aprobada por Ley Nacional 23.054 del 01 de marzo de 1984. Adquirió jerarquía constitucional a través del art. 75, inc. 22 CN.

2) Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3) Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”.

Este tipo de normas nos invita a reflexionar respecto de que la llamada “cuestión federal” no es ajena al Derecho Internacional y de que, en materia de Derechos Humanos, se tiene presente la necesidad de que los Estados miembros de una unión federal (o con algún grado de descentralización) se vean obligados por las normas que formalmente suscribe el Estado central; con lo cual, si bien vemos que al momento de su redacción es bien cuidado el aspecto de “dirigir la norma al Estado central”, el espíritu de las mismas estaría más orientado a su cumplimiento por las entidades internas de ese Estado parte en el documento internacional. No obstante lo dicho, es variadísima la jurisprudencia que responsabiliza al Estado central por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por una entidad de Derecho Público interno (provincia, municipio), lo cual condujo a muchos Estados a efectuar declaraciones al respecto al momento de obligarse internacionalmente⁽⁴⁵⁾ o para limitar su responsabili-

(45) Un ejemplo de ello es la declaración del Gobierno Federal de Estados Unidos de América al ratificar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos la cual afirma que: “Los Estados Unidos entienden que este pacto será aplicado por el gobierno federal en la medida que tenga atribuciones legislativas y judiciales en las materias de que se trata; en los demás casos será aplicado por las administraciones estatales y locales en la medida en que las administraciones estatales y locales tengan atribuciones sobre esas materias, el gobierno federal tomará las medidas adecuadas según el sistema federal para que las autoridades competentes de las administraciones estatales o locales puedan tomar las medidas procedentes para el cumplimiento del pacto”. DILUTZKY; ARIEL E, “Implementación del derecho internacional de los derechos humanos en los Sistemas Federales. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina”, en Víctor Abramovich; Alberto Bovino; Christian Courtis; (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Bs. As., Editores del Puerto, 2007.

dad internacional (como sucedió en el caso Garrido Baigorria, en el que el Estado aceptó la responsabilidad en el marco del art. 28, párrs. 1 y 2 de la CADH),⁽⁴⁶⁾ como así también la pretensión de las autoridades locales de cumplir con la norma internacional alegando que el tratado internacional fue suscripto por el Estado federal.⁽⁴⁷⁾

5 | Conclusiones. Reflexión final

Es evidente que el éxito del Estado federal dependerá del éxito alcanzado por cada una de sus partes, los Estados federados. Por ello, parece esencial destacar que la salida está en la búsqueda del equilibrio entre los intereses provinciales y los nacionales. El hecho que se esté planteando este estudio de por sí demuestra que el federalismo en la Argentina está realmente vivo. Muchas pueden ser las opiniones a favor u opuestas a una reglamentación normativa, ya que son variados los legítimos intereses situados en cada sector, tales como: 1) establecimiento de reglas claras en el accionar de los Estados federados, 2) regulación detallada de todas las cuestiones que puedan generar la responsabilidad internacional del Estado Federal, ya que lo que no esté regulado podría dejar una puerta abierta para su atribución, 3) mantener pujante, viva y dinámica la relación Nación-Provincias, entre otros factores a considerar al momento de plantearse una reglamentación del art. 124. No obstante ello, hemos podido comprobar a lo largo del presente análisis que, como dijéramos *supra*, la relación Nación-Provincias en la actualidad es rica, fructífera y constituye una clara señal de un federalismo que —en la República Argentina— está cada vez más vivo y en constante crecimiento.

(46) *Ibid.*, nota 5, p. 6. Corte IDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, 27/08/1988.

(47) *Ibid.*, nota 6, p. 7. Ello a la luz de la contestación del gobernador de Texas al Departamento de Estado del gobierno federal, alegando que Texas no había celebrado la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; con lo cual consideraba “inapropiado” solicitarle a Texas que determine si existió incumplimiento a la indicada Convención. Ello, en el marco del asunto que envolvió la condena a pena de muerte del Sr. Irineo Tristán Montoya, ciudadano mexicano, sin que se le haya notificado su derecho a comunicarse con las autoridades consulares de su país, tal como lo establece el derecho internacional convencional. Dos días después de esa carta, Montoya fue ejecutado. A raíz de ese hecho, el Estado federal a través de su Departamento de Estado, hizo público su rechazo a lo sucedido.

A nivel del Derecho Internacional observamos que siempre que se planteó el tema se hizo en referencia a una atribución primaria por parte del ordenamiento jurídico interno, no obstante lo cual encontramos ejemplos en nuestro propio Estado en donde determinados entes subnacionales (los Municipios) no tienen un régimen positivo expreso y uniforme (como sí lo tienen las provincias y la CABA por el art. 124 CN) y, sin embargo, desarrollan gestión internacional y regional; con lo cual deducimos que no es necesario contar con dicha habilitación constitucional.

Paralelamente a ello, tampoco encontramos una norma en ese orden jurídico que rechace expresamente tales atribuciones a los gobiernos locales y, por ende, su calidad de sujeto internacional. Observemos que las normas analizadas (art. 6° de la Convención de Viena y art. 5° de la Resolución 56/83 anexo) parten de atribuir al Estado (entre los que se encuentran los federales) capacidad para celebrar tratados y ser pasible sujeto de responsabilidad. Vemos que la cuestión federal siempre giró en torno al análisis de estos postulados, pero nunca se plasmó de modo expreso la prohibición, con lo cual abría un poco más la puerta a un nuevo análisis de la cuestión dada la dinámica de las gestiones regionales e internacionales de estas entidades. Ello nos demuestra que la cuestión federal, en orden al cumplimiento de las obligaciones internacionales, debe definirse claramente en cuanto a su alcance, así como el ámbito de aplicación personal de esas normas, pues la situación descrita genera el interrogante de dilucidar hasta qué punto el Estado federal puede “conminar” a sus Estados federados, con algún grado de autonomía y/o descentralización, al cumplimiento de normas internacionales que no suscribió y respecto de las cuales, en algún punto, tampoco fue consultado con carácter previo a obligarse por ellas. Casos como los analizados evidencian inconvenientes al momento de aplicar ciertas normas internacionales, lo cual, dado el escenario internacional y regional actual que muestra a estos entes locales cada vez más activos, merece un nuevo debate en el marco del Derecho Internacional actual.

De la “desmalvinización” a la regionalización del reclamo argentino por la soberanía sobre las Islas Malvinas

por **MARÍA VERÓNICA PICCONE⁽¹⁾** y **MARCELO MANGINI⁽²⁾**

Este artículo analiza la trayectoria de la política argentina respecto del reclamo por la soberanía sobre las Islas Malvinas desde las décadas de la “desmalvinización” hasta el proceso de “regionalización” del conflicto en los años recientes. El trabajo analiza la pérdida de centralidad de la causa de Malvinas operada con el fin de la guerra del '82 y bajo la errática política de seducción del menemismo, y su recuperación en el ciclo kirchnerista. Por último, se destacan los éxitos de la estrategia de internacionalización del conflicto en el ámbito regional sudamericano.

I | Las décadas de la “desmalvinización”

En junio de 1982, los militares argentinos reconocían su derrota ante las fuerzas inglesas que retomaban el control sobre las Islas Malvinas luego

(1) Abogada por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Profesora Adjunta ordinaria en La Universidad Nacional de Río Negro (UNRN) y la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Investigadora del Grupo de Estudios sobre Derechos, Inclusión y Sociedad del Centro Internacional e Interuniversitario Copolis. Directora de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata. Directora de Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos del Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata.

(2) Licenciado en Estudios Internacionales por la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT) e Investigador Becario del Concejo Nacional de Investigaciones Técnicas y Científicas (CONICET)

del fracaso de la campaña de reconquista iniciada por la Junta Militar argentina dos meses antes. Esta derrota sellaría el destino final del régimen del terrorismo de Estado iniciado en marzo de 1976 —que, en los meses siguientes, se desmoronaría de forma irreversible—. La histórica reivindicación argentina por la soberanía nacional sobre las Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur, manipulada por el régimen militar y transformada en ícono de la deriva autoritaria, se volvería una causa opaca y esquiva en el contexto social y político de la “desmalvinización” de la sociedad argentina que siguió al final de la guerra.

La “desmalvinización” —término acuñado por el sociólogo Alan Rouquié en los primeros años de los ’80— constituyó “un dispositivo político-discursivo orientado a producir un ‘relato’ e instalar un ‘imaginario’ sobre Malvinas en la sociedad argentina”.⁽³⁾ El contexto de la restauración democrática imponía la necesidad de una vuelta de página al conflicto bélico y a su significación política. Asimismo, el retorno a la normalidad democrática buscaría sanar las relaciones externas con las grandes potencias. Ahora bien, esta “desmalvinización” de la sociedad argentina, perseguida desde el poder político y los medios de comunicación, tendría como consecuencia no sólo el rechazo del chauvinismo que inspiró la aventura militar del régimen genocida sino que, además, colocaría un velo de invisibilidad sobre la justicia histórica de la reivindicación argentina de su soberanía territorial sobre las Malvinas. En tal sentido, “a poco de finalizadas las acciones bélicas la ‘desmalvinización’ se expresó bajo la forma de una tendencia a clausurar cualquier iniciativa de debate público sobre la experiencia vivida y, especialmente, a impedir toda tentativa de rescatar las enseñanzas emergentes de los hechos”.⁽⁴⁾ En tal contexto, la “desmalvinización” tendría un efecto deshistorizador e impondría una suerte de amnesia colectiva en torno a la reclamación argentina sobre Malvinas, que dejaría sin respuesta las preguntas más urgentes y necesarias. El silencio duradero terminaría condenando al olvido a los jóvenes combatientes de la guerra y a los familiares de los caídos en el conflicto.

(3) CANGIANO, FERNANDO P., “¿De qué hablamos cuando hablamos de “desmalvinización”?”, en *Tiempo Argentino*, 12/05/2012.

(4) CANGIANO, FERNANDO P., “Desmalvinización: La derrota argentina por otros medios” [en línea], www.relacionesdeltrabajo.fsoc.uba.ar/prod/Desmalvinizacion.pdf

En el plano de la política gubernamental, la “desmalvinización” se expresaría en la total ausencia de una política de Estado respecto del reclamo de los derechos soberanos argentinos sobre las Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur. La trayectoria de los sucesivos gobiernos en la materia mostraría un zigzag de acciones políticas y diplomáticas limitadas e inconsistentes.⁽⁵⁾ El gobierno de Alfonsín se limitaría a una política de reducción de daños orientada a reconstruir la imagen del país, fundamentalmente en los foros multilaterales.⁽⁶⁾ Durante sus gobiernos, las relaciones diplomáticas con Gran Bretaña no fueron restablecidas, manteniéndose en un registro de conflicto y beligerancia. El restablecimiento de relaciones llegaría bajo el gobierno de Menem, que en febrero de 1990 firmaría el “Tratado Anglo-Argentino de Madrid”. Este acuerdo sería complementado por el “Tratado Anglo-Argentino de Promoción y Protección de las Inversiones”, firmado en Londres en diciembre de 1990. La normalización de las relaciones político-diplomáticas y económicas entre ambos países ocurría en un contexto en el cual el gobierno de Carlos Menem determinaba un viraje fundamental en la política interna y externa de la Argentina bajo los objetivos de avanzar en la adopción del recetario neoliberal dictado por el “Consenso de Washington” y alinear al país de forma definitiva con las potencias occidentales. La desarticulación del conflicto con Gran Bretaña constituía un pilar fundamental de esta nueva estrategia.

En este nuevo contexto, en el año 1993, el canciller Guido Di Tella inauguraría la política de “seducción”, la cual buscaba traer a Gran Bretaña a la mesa de negociación a través del acercamiento con los habitantes ingleses en las islas —los “kelpers”—. Para avanzar en este acercamiento, la Cancillería argentina distribuía entre la población de las islas regalos infantiles (videos animados, libros y osos de peluche) y tarjetas navideñas. Además, se impulsó la creación de diferentes instancias bilaterales para avanzar en cuestiones de interés común entre la Argentina y las Malvinas.

La estrategia de “seducción” operaría una innovación fundamental en la política histórica de la Argentina respecto del reclamo de soberanía. Hasta ese momento, el país había mantenido el conflicto en el plano exclusi-

(5) VÁZQUEZ, FEDERICO, “La Era del Deshielo”, [en línea], www.portales.educacion.gov.ar/spu/files/2012/.../Bicentenario-Abril-2012.pdf

(6) *Ibid.*

vamente bilateral, en el que los isleños no tenían *status* político alguno. Por el contrario, bajo la política de “seducción”, la Argentina convertía el diferendo en un asunto trilateral, donde los isleños lograban el reconocimiento político como parte involucrada en el conflicto con voz y voto en las negociaciones.

Dicha política de “seducción”, provocativa y caprichosa, no buscó ni consiguió forjar un nuevo consenso político y social. En la reforma constitucional del año 1994, los opositores a la política oficial impondrían un límite fundamental a cualquier negociación con Gran Bretaña, a partir de la incorporación del artículo que establece que “la recuperación de dichos territorios [las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur] y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”. El artículo fue fuertemente criticado por el entonces canciller Di Tella.

En los hechos, la política de seducción resultó un fracaso. No sólo no logró hacer avanzar el reclamo soberano de la Argentina sino que, al incluir a los isleños como parte negociadora, incluso limitó las posibilidades para una negociación exitosa. Esta inclusión sentaba a la mesa de negociación a un actor mucho más beligerante y anti-argentino que el *Foreign Office* británico. El reconocimiento a los isleños en el proceso de negociación significó el otorgamiento de importantes beneficios en materia de pesca, hidrocarburos y comunicaciones, en detrimento de los intereses argentinos. Más importante aún, este reconocimiento de los isleños como comunidad abría la puerta al argumento futuro de su derecho a la autodeterminación.

El gobierno de la Alianza, aun cuando no llegó a plasmar una estrategia de política exterior, daría por concluida la política menemista de “seducción” —cortando todo vínculo con los isleños— y llevaría nuevamente el reclamo argentino al ámbito de las Naciones Unidas. Hacia el año 2003, tal y como sugiere Vázquez, “Malvinas continuaba siendo un tema pendiente de la democracia argentina, sin un lugar preciso en el debate político y donde las discusiones más interesantes chocaban con la cristalización de imágenes y emotividades sociales que tenían una referencia exclusiva en la guerra de 1982”.⁽⁷⁾

(7) VÁZQUEZ, FEDERICO, “La Era del Deshielo”, *op. cit.*

2 | Una nueva política de "malvinización"

La vocación de renovación política del kirchnerismo también alcanzaría a la política del Estado argentino en materia del reclamo por la soberanía nacional sobre las Malvinas e Islas del Atlántico Sur. Dicha renovación sería adelantada en el primer día del gobierno de Néstor Kirchner, quien en su discurso de inauguración declarara: "venimos desde el sur de la Patria, de la tierra de la cultura malvinera y de los hielos continentales y sostendremos ineludiblemente nuestro reclamo de soberanía sobre las Islas Malvinas". Este giro discursivo se concretaría en acciones políticas concretas. A menos de un mes de inaugurado el nuevo gobierno, la Argentina endurecería su postura en el Comité de Descolonización de Naciones Unidas, donde desconocería las acciones unilaterales británicas en materia de concesiones pesqueras, mineras e hidrocarburíferas. Además, el canciller Bielsa retoma el criterio históricamente aceptado por la Argentina de tener en cuenta los "intereses" de los habitantes de las Islas Malvinas y no ya sus "deseos", de acuerdo con los términos establecidos por la resolución 2065 de la Asamblea General de la ONU, dictada en el año 1965. Esta pequeña diferencia de orden semántico implica un reposicionamiento político-diplomático fundamental, en tanto que da por terminada la política de seducción llevada adelante durante el menemismo. Posteriormente, en su primera gira internacional, el presidente Néstor Kirchner le plantearía a su par británico Tony Blair la necesidad de reanudar las conversaciones respecto de la soberanía argentina sobre las Malvinas. Este gesto, inusual en un encuentro de jefes de Estado, tendría una respuesta silenciosa por parte del premier. En septiembre del mismo año, Kirchner aprovecharía su discurso ante la Asamblea General de la ONU para establecer el compromiso de la Argentina con el principio de solución pacífica de las disputas internacionales y solicitar al Reino Unido que respondiera "de manera afirmativa" al pedido de reapertura de la negociaciones bilaterales.

En el mes de noviembre, la Argentina suspendería los permisos de vuelos chárter operados por LAN Chile que unen el continente y las islas desde Puerto Arenas. En diciembre del mismo año, el gobierno británico confirmaba que los buques de guerra desplegados en la guerra del '82 portaban armas nucleares, desatando un fuerte cruce entre Londres y Buenos Aires. Este incidente ubicaría en el centro del debate una cuestión largo

tiempo invisibilizada bajo el proceso de “desmalvinización”, a saber, el rol y el comportamiento de Gran Bretaña durante el conflicto armado.

A la par de estas acciones, en el año 2004, Kirchner promulgaba el decreto 1357/04 que establecía la igualación de las pensiones a los veteranos de guerra en la suma equivalente a tres haberes jubilatorios. De esta forma, “por primera vez aparecía un sano desdoblamiento de la política oficial respecto a Malvinas: el reconocimiento, por un lado, del derecho de los ex combatientes a percibir una retribución digna por el sacrificio realizado en la guerra y, por otro, el reimpulso del reclamo internacional por los derechos soberanos de los territorios ocupados”.⁽⁸⁾

Otras acciones posteriores incluyeron la queja de la Cancillería por la inclusión de las Islas Malvinas como territorio de ultramar británico en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa la constitución europea del 2004; la finalización de la Declaración Conjunta argentino-británica para la exploración y explotación conjunta de hidrocarburos, firmada por el gobierno de Menem en el año 1995 y rescindida en el año 2007. También en el año 2007, el gobierno decidió la exclusión de la operación en territorio argentino de aquellas empresas internacionales que exploren o exploten hidrocarburos en el área de Malvinas e impulsó la modificación de la Ley Federal de Pesca con el objetivo de endurecer las sanciones a los barcos que operen en la región de las Islas sin permiso argentino. En diciembre del año 2009, fue promulgada la ley 26.552 que ratifica la soberanía argentina sobre las Islas Malvinas a partir de su inclusión dentro de la jurisdicción político-territorial de la provincia de Tierra del Fuego.

En el año 2010, el gobierno tomó acciones más decididas contra la explotación petrolera en la región de Malvinas, estableciendo la obligación de solicitar autorización previa a todo buque que navegue las aguas entre Argentina y las islas. Esta medida fue reforzada en el año 2011, cuando el Congreso Nacional sancionó una ley que establece sanciones a las compañías que desarrollen actividades de explotación de hidrocarburos en la plataforma continental argentina sin contar con autorización expresa del Estado nacional argentino.

(8) *Ibid.*

La centralidad creciente del reclamo por la soberanía argentina en la agenda doméstica y a nivel de la relación bilateral con Gran Bretaña, también estaría acompañada por una apuesta fuerte por su internacionalización. Desde el año 2003 en adelante, la Argentina lograría que el tema estuviese presente en las agendas de diferentes foros y organismos internacionales, como ONU, OEA, cumbres Iberoamericanas, cumbres América del Sur-Países Árabes. Sin lugar a dudas, los éxitos más importantes cosechados por esta estrategia se han dado en el plano de América del Sur y América Latina, en donde la Argentina ha logrado la **regionalización** de su reclamo por la soberanía política y territorial sobre las Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur.

3 | “Las Malvinas son sudamericanas”

La manifestación política fundamental de la estrategia de regionalización quedaría plasmada en la decisión de prohibir el amarre de embarcaciones con bandera de las Islas Malvinas en los puertos sudamericanos, adoptada por los países que conforman la Unión Sudamericana de Naciones (UNASUR), el MERCOSUR y la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA). La medida, a la que luego adhirieron otros cinco países del Caribe (Cuba, Nicaragua, San Vicente y Granadinas, Antigua y Barbuda, y Dominica), constituyó la primera acción regional conjunta con un impacto concreto sobre la agenda del conflicto entre Argentina y Gran Bretaña por la soberanía sobre las Islas Malvinas.⁽⁹⁾ Entre las adhesiones cosechadas por la Argentina, se destacan aquéllas de Uruguay, Brasil y Chile, países que recibieron una fuerte presión diplomática por parte de Gran Bretaña. El apoyo de Brasil demuestra la importancia que dicho país le asigna a la cuestión en el contexto de la proyección de su liderazgo a nivel regional e internacional. La posición de Chile reviste una alta importancia simbólica ya que el país ha sido, históricamente, un aliado clave de Gran Bretaña en la región.

La regionalización ha significado la concreción de una masa crítica de apoyo que otorga al reclamo argentino una coherencia y una capacidad de

(9) BATTAGLINO, JORGE, “La estrategia de regionalización del conflicto de Malvinas”. Trabajo preparado para el seminario *La guerra de Malvinas, treinta años después. Conflicto, salidas del conflicto, cambios políticos, representaciones*, llevado a cabo entre el 15 y 19 de octubre 2012 en el Instituto de las Américas de París y en la Universidad de Pau.

proyección internacional nunca antes conseguida, y que cuenta con el potencial de transformar profundamente el escenario de las negociaciones en el futuro. A partir de la regionalización del conflicto de Malvinas, la Argentina ha conseguido redoblar la presencia del reclamo por la soberanía en Naciones Unidas, al tiempo que obtuvo una amplia difusión en los medios regionales y globales. Asimismo, la estrategia de regionalización avanzada por la Argentina ha mostrado ser una forma de contrabalancear y disputar en términos pacíficos el enorme poder diplomático, militar y estratégico de Gran Bretaña —potencia nuclear, miembro permanente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y de la Organización del Tratado del Atlántico Norte y principal aliado estratégico de los Estados Unidos—.⁽¹⁰⁾ Fracasada la ofensiva diplomática ensayada por el *Foreign Office* como primera reacción a la política de regionalización por la negativa de los distintos países latinoamericanos a retirar su adhesión al reclamo argentino, Gran Bretaña ha puesto en marcha una política de militarización creciente del Atlántico Sur. En tal sentido, la estrategia de regionalización del reclamo por Malvinas ha desnudado la posición realista de fuerza de Gran Bretaña, “reñida claramente con los principios del derecho internacional y los mandatos de las organizaciones internacionales”.⁽¹¹⁾

Como bien explica Battaglini, los avances alcanzados para avanzar el reclamo por la soberanía de Malvinas en el plano regional revelan “la existencia de un entendimiento compartido en la región que no existía previamente y que de manera simultánea cumple el rol de causa y efecto de la estrategia de regionalización.”⁽¹²⁾ En tal sentido, la regionalización del conflicto de Malvinas se produce en el contexto internacional y regional más favorable para la Argentina de los últimos veinte años.⁽¹³⁾ Por un lado, el mapa geopolítico atraviesa cambios fundamentales, a partir de la crisis de la hegemonía unipolar norteamericana y la transferencia de poder sin

(10) VÁZQUEZ, FEDERICO, “La Era del Deshielo”, *op. cit.*

(11) LIENDO, IGNACIO TOMÁS, “Malvinas: comunicación y agenda internacional”, en *Más poder local*, n° 10, mayo 2012, [en línea], http://www.ortegaygasset.edu/descargas/contenidos/M%C3%A1s_Poder_Local_N%C2%BA_10.pdf

(12) BATTAGLINI, JORGE, *op. cit.*

(13) CASTRO, JORGE, “Malvinas: ¿regionalización del conflicto?”, *Artículo de Actualidad*, 1884 Editorial, [en línea], http://www.1884editorial.com.ar/articulo.php?subaction=showfull&id=1332446549&archive=&start_from=&ucat=&

precedentes desde los países centrales hacia la periferia mundial. En el actual contexto mundial, América del Sur ha venido ganando una nueva relevancia económica y política, apuntalada por el ascenso paulatino de Brasil como potencia internacional. Estos procesos han determinado un interés concreto por fortalecer la integridad y la autonomía política de Sudamérica. Es probable que el apoyo regional a la causa Malvinas constituya una nueva dimensión de esta identidad sudamericana.⁽¹⁴⁾ Si así lo fuera, es posible esperar cambios importantes en el proceso de negociación de la soberanía argentina sobre las Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur.

(14) BATTAGLINO, *op. cit.*



Poder, Estado y Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Algunas sospechas desde una mirada foucaulteana⁽¹⁾

por **MAURO BENENTE, SANTIAGO F. KOZICKI, AGUSTINA PANISSA,
CAMILA PETRONE, MARÍA de LOS ÁNGELES RAMALLO, JUAN UNGER
y LUCIANA WECHSELBLATT**

I | Introducción

Una de las innovaciones más importantes de la reforma constitucional de 1994 ha sido brindarle jerarquía constitucional a ciertos tratados y declaraciones sobre derechos humanos, entre los cuales cabe destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente por la actividad de su tribunal de aplicación. A partir de la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o Corte Interamericana), así como por los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, el modo en que el tribunal internacional

.....

(1) El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación DECyT (1207) "El derecho y el poder en y desde Michel Foucault".

piensa y concibe los derechos humanos parece tener cada vez más importancia en la región. En el presente trabajo nos interesa problematizar la manera en que la Corte IDH conceptualiza los derechos humanos porque al hacerlo reduce, de modo bien deficiente, el poder al Estado.

Primeramente reseñaremos de modo muy sucinto el denominado “control de convencionalidad”, en segundo lugar realizaremos una presentación de los lineamientos que brinda Michel Foucault para analizar las relaciones de poder, y finalmente, explicitaremos una indagación crítica del modo en el cual la Corte Interamericana conceptualiza los derechos, situando casi de modo exclusivo el poder en el Estado.

2 | El control de convencionalidad

Dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH, la doctrina del control de convencionalidad fue apareciendo a partir del 2003 en algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez.⁽²⁾ De todos modos, la doctrina fue adoptada como mayoritaria en “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, un caso resuelto el 26 de septiembre de 2006 en el cual se analizaba una ley de autoamnistía todavía vigente en Chile. Allí, los jueces del tribunal indicaron que

“los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta

(2) Ver Corte IDH, “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, 25/11/2003; “Caso Tibi vs. Ecuador”, 07/09/2004; “Caso López Álvarez vs. Honduras”, 01/02/2006.

no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".⁽³⁾

Esta doctrina, que con matices ha sido reiterada en otras oportunidades,⁽⁴⁾ obliga a los tribunales judiciales locales no solamente a aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluso de oficio,⁽⁵⁾ sino también a seguir la interpretación que de ella realiza la Corte Interamericana. Por su lado, esta obligación ha sido pacíficamente adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el caso "Mazzeo", la Corte Suprema sostuvo que "la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos",⁽⁶⁾ que implica "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación".⁽⁷⁾ Asimismo, en el caso referido, la Corte citó expresamente la obligación que tienen los jueces locales de realizar el control de convencionalidad⁽⁸⁾ y recientemente, en lo que parece ser una radicalización de la tendencia, el tribunal argentino catalogó como **obligatorias** las **recomendaciones** ya no de la Corte, sino de la Comisión Interamericana.⁽⁹⁾

.....

(3) Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile", 26/09/2006, párr. 124.

(4) Así, en Corte Interamericana de Derechos Humanos "Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú", 24/11/2006; "Caso La Cantuta vs. Perú", 29/11/2006; "Caso Boyce y otros vs. Barbados", 20/11/2007; "Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá", 12/08/2008; "Caso Radilla-Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos", 23/11/2009; "Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile", 21/11/2012.

(5) Corte IDH, "Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú", párr. 128; "Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c/ Bolivia", 10/09/2010, párr. 202; "Caso Gomes Lund y otros ('Guerrilha do Raguaiá') c/ Brasil", 24/11/2010, párr. 176; y "Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México", 26/11/2010, parág. 225).

(6) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Mazzeo, Julio L. y otros", 13/07/2007, cons. 20.

(7) "Mazzeo, Julio L. y otros", cit.

(8) "Mazzeo, Julio L. y otros", cit., cons. 21.

(9) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional, CSJN, Ministerio de Relaciones Exteriores, Provincia del Chubut", 06/08/2013.

Sobre este supuesto deber de controlar la convencionalidad de las normas internas, y de seguir de modo obligatorio la interpretación que de la Convención Americana de Derechos Humanos hace la Corte Interamericana, se han presentado críticas que dan cuenta de la escasa legitimidad democrática que tiene el tribunal que funciona en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA). Así como los tribunales judiciales locales carecen de legitimidad democrática por no ser elegidos ni responsables ante el electorado, esta situación se agrava notablemente cuando se trata de un tribunal foráneo.⁽¹⁰⁾ Si bien compartimos esta línea crítica, aquí lo que nos interesa remarcar son los problemas que conlleva el seguir a rajatabla las pautas interpretativas de la Corte Interamericana, no solamente porque carecen de legitimidad democrática, sino porque además presentan un notable problema al momento de pensar la temática del poder y de los derechos. Según creemos, el modo en el cual el tribunal internacional conceptualiza los derechos humanos adolece de un grave déficit para analizar las relaciones de poder en las sociedades contemporáneas y ello torna notablemente peligroso aplicar, sin reflexión alguna, sus desarrollos jurisprudenciales.

Ahora bien, para indagar qué concepción de poder subyace al momento en que los jueces de la Corte Interamericana conceptualizan los derechos humanos, nos valdremos de algunas referencias teóricas brindadas por Michel Foucault.

3 | Una nueva analítica del poder

A diferencia de lo que ocurre con trabajos provenientes de la teoría sociológica clásica —tales como los trabajos de Karl Marx, de Émile Durkheim o Max Weber—, así como de aquellos propios de la teoría contemporánea —producciones como las de Pierre Bourdieu, Jürgen Habermas o Anthony Giddens—, Foucault no pretende delinear una teoría social en sentido sistemático, ni estipula un diseño conceptual aplicable a todas las sociedades en todo tiempo y lugar, sino que su invitación es a un pensamiento más frágil, y es por ello que su aparato conceptual se erige como inmanente a los pro-

(10) En esta línea, GARGARELLA, ROBERTO, "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman", en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf

cesos estudiados.⁽¹¹⁾ De este modo, “[e]l gran mérito de la genealogía de Foucault es que ella trata de representar el carácter complejo y contingente de esos procesos; eso es lo que explica que las descripciones de Foucault estén cargadas de detalles históricos y necesariamente localizadas”.⁽¹²⁾

En este orden de ideas, en los trabajos del decenio de 1970, Foucault no pretende estilizar una teoría del poder ni desarrolla un esfuerzo por conceptualizarlo, sino que más bien intenta brindar algunas herramientas metodológicas para analizarlo tal como se ha desplegado a partir de los siglos XVIII y XIX. Tal como sostiene en *La voluntad de saber*, la apuesta es “avanzar menos hacia una ‘teoría’ que hacia una ‘analítica’ del poder: quiero decir, hacia la definición del dominio específico que forman las relaciones de poder y la determinación de los instrumentos que permiten analizarlo”.⁽¹³⁾ Por su lado, en “El juego de Michel Foucault”, una entrevista publicada en julio de 1977 y dedicada casi integralmente a los desarrollos de *La voluntad de saber*, se le preguntó por qué en lugar de proponer una nueva teoría apostaba por una nueva “analítica”. Allí respondió que el poder no era algo que estuviera determinado o situado en algún lugar, sino que era un conjunto más o menos coordinado de relaciones y es por ello que

“[s]i se trata de elaborar una teoría del poder, estaremos siempre obligados a considerarlo como surgiendo de un punto y en un momento determinado, y de allí se deberá hacer la génesis, luego la deducción. Pero si el poder es en realidad un conjunto abierto, más o menos coordinado (y sin dudas, más bien mal coordinado) de relaciones, entonces el único problema es el de darse una grilla de análisis, que permita una analítica de las relaciones de poder”.⁽¹⁴⁾

Se trataba de construir una serie de conceptos útiles para analizar de modo más preciso las relaciones de poder tal como estas comenzaron a desple-

(11) GROS, FREDERIC, “Sujet moral et soi éthique chez Foucault”, *Archives de Philosophie* 2002/2, vol. 65, p. 229.

(12) DONNELLY, MICHAEL, “Des divers usages de la notion de biopouvoir”, en AAVV, *Michel Foucault philosophe. Rencontre internationale*, París, Éditions du Seuil, 1989 [1988], p. 233.

(13) FOUCAULT, MICHEL, *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, p. 109.

(14) FOUCAULT, MICHEL, “Le jeu de Michel Foucault” (entretien avec D. Colas, A. Grosrichard, G. Le Gaufey, J. Livi, G. Miller, J. Miller, J. A. Miller, C. Millor, G. Wagenam), *Dits et Écrits II*, Paris, Gallimard, 2001 [1977], n° 206, p. 302.

garse a partir del siglo XVIII. De hecho en "El sujeto y el poder", de 1982, Foucault mantendrá una idea similar, precisando que no se necesitaba una nueva teoría del poder⁽¹⁵⁾ sino "una nueva economía de las relaciones de poder, que sea más empírica, más directamente relacionada con nuestra situación actual".⁽¹⁶⁾ Una de las apuestas de esta nueva **analítica**, de esta nueva **economía**, es postular que el poder no se encuentra exclusivamente localizado en el Estado, algo que se desarrolla en trabajos como *Vigilar y castigar* (1975), *Historia de la sexualidad I* (1976), y con mayor énfasis en el curso *Hay que defender la sociedad*, y que ya se advierte en algunas entrevistas de principios de 1970.

De este modo, ya en noviembre de 1971, en la conversación que mantuvo con Noam Chomsky, Foucault reconocía la necesidad de renunciar a suponer que el poder estaba exclusivamente ubicado en instituciones estatales, a la vez que mostraba que numerosas situaciones de dominación política se producían en espacios como la familia y la escuela. Es así que luego que Chomsky describiera los caracteres centrales de su propuesta política anarco-sindicalista, se le consultó si se podían calificar como democráticas a las sociedades contemporáneas. Foucault no solamente afirmó que no podía aplicarse tal caracterización, sino que además, en un lenguaje extrañamente marxista postuló que "está totalmente claro que vivimos bajo un régimen de dictadura de clase, de poder de clase que se impone por la violencia, incluso cuando los instrumentos de esta violencia son institucionales y constitucionales".⁽¹⁷⁾ Ahora bien, teniendo en cuenta este análisis, una de las tareas que Foucault entendía como más urgentes era "mostrar, incluso cuando ellas están ocultas, todas las relaciones del poder político que actualmente controla el cuerpo social, lo oprime o lo reprime".⁽¹⁸⁾ Y si bien es

"habitual, al menos en las sociedades europeas, considerar que el poder está localizado en las manos del gobierno y se ejerce

(15) FOUCAULT, MICHEL, "The Subject and Power", en Dreyfus, Hubert, Rabinow, Paul, *Michel Foucault. Beyond structuralism and hermeneutics*, Chicago University Press, Chicago, 1983 [1982], p. 209.

(16) FOUCAULT, *ibid.*, p. 210.

(17) FOUCAULT, MICHEL, "De la nature humaine: justice contre pouvoir", *Dits et écrits I*, Paris, Gallimard, 2001 [1971], n° 132, p. 1363.

(18) FOUCAULT, *ibid.*, p.1363.

gracias a un determinado número de instituciones particulares como la Administración, la policía, el ejército y el aparato de Estado [...] creo que el poder político se ejerce aún más por intermedio de un determinado número de instituciones que parecen no tener nada en común con el poder político, que parecen ser independientes de él mientras no lo son".⁽¹⁹⁾

Dentro de estas instituciones podría mencionarse a la familia, a las instituciones médicas, a la universidad y al sistema de enseñanza en general, que tienden a mantener el poder en una clase social a la vez que despojan de instrumentos de poder a las restantes clases. De este modo, entonces, "[l]a verdadera tarea política es criticar el juego de las instituciones aparentemente neutras e independientes; de criticarlas y de atacarlas de tal manera que la violencia política que se ejerce oscuramente en ellas sea desenmascarada y que se pueda luchar contra ellas".⁽²⁰⁾

Al año siguiente, en *Los intelectuales y el poder*, Foucault afirmaba que hacia el siglo XIX Marx había logrado dar cuenta de qué era la explotación, pero todavía estábamos en dificultades para responder a la pregunta: ¿qué es el poder? Ni Marx ni Freud, siempre de acuerdo con Foucault, brindaban respuestas útiles a este interrogante. Del mismo modo la "teoría del Estado, el análisis tradicional de los aparatos de Estado, sin duda no agotan el campo de ejercicio y de funcionamiento del poder. La gran incógnita actual es: ¿quién ejerce el poder? ¿dónde lo ejerce?".⁽²¹⁾ En las denominadas sociedades disciplinarias, que se despliegan a partir del siglo XVIII, las relaciones de poder se ejercen sobre los cuerpos y el lugar de su ejercicio no es solamente el Estado, sino que ellas se despliegan en todo el cuerpo social, en particular en instituciones de encierro como las escuelas, las fábricas, los hospitales y las prisiones. Para dar cuenta del ejercicio de poder sobre el cuerpo hay que concebir al poder desde un plano microfísico, oponiéndolo a una macrofísica que opera a nivel estatal.⁽²²⁾ Asimismo

(19) *Ibid.*, p. 1364.

(20) *Ibid.*, p. 1364.

(21) FOUCAULT, MICHEL, "Les intellectuels et le pouvoir" (entretien avec G. Deleuze), *Dits et Écrits I*, Paris, Gallimard, 2001 [1972], n° 106, p. 1180.

(22) O'FARRELL, CLARE, *Michel Foucault*, London-California-New Delhi, Sage Publications, 2005, p. 102

"el estudio de esta microfísica supone que el poder que en ella se ejerce no sea concebido como una propiedad, sino como una estrategia, que sus efectos de dominación no sean atribuidos a una 'apropiación', sino a disposiciones, maniobras, tácticas, técnicas, funcionamientos; que se descifre en él más bien una red de relaciones siempre tensas, siempre en actividad más que un privilegio que se podría detentar; que se le dé por modelo la batalla perpetua más que el contrato que opera una cesión o la conquista que se apodera del territorio. En suma, hay que admitir que ese poder se ejerce más que se posee, que no es el 'privilegio' adquirido o conservado de la clase dominante, sino el efecto de conjunto de sus posiciones estratégicas, efecto que manifiesta y a veces reconduce la posición de aquellos que son dominados. Este poder no se aplica pura y simplemente, como una obligación o una prohibición, a aquellos que 'no lo tienen'; él los invade, pasa por ellos y a través de ellos; él se apoya sobre ellos, del mismo modo que ellos mismos, en su lucha contra él, toman apoyo, a su vez, en las aprensiones que él ejerce sobre ellos".⁽²³⁾

Para analizar el modo en que las relaciones de tal poder se materializan a partir del siglo XVIII, hay que dejar de suponer que el poder se concentra exclusivamente en el Estado y que funciona solamente a partir de la prohibición. Esta caracterización que hay que dejar de lado, en *Historia de la sexualidad I* es presentada como "representación jurídica del poder" y en el curso *Hay que defender la sociedad*, como "teoría jurídico-política de la soberanía". Cuando tematiza la "representación jurídica del poder" Foucault muestra, especialmente, el modo en que la teoría política suele pensar, erróneamente, al poder como aquello que solamente prohíbe, que solamente niega, que solamente reprime e impide.⁽²⁴⁾ Por su lado, cuando presenta la "teoría jurídico-política de la soberanía" da cuenta de la manera, también errónea, de ubicar al poder como algo que está exclusivamente concentrado en el Estado, o que allí se encuentra su punto central. En este orden de ideas, las precauciones metodológicas para desprenderse de la "teoría jurídico-política de la soberanía" indican que:

(23) FOUCAULT, MICHEL, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, pp. 31/32.

(24) FOUCAULT, MICHEL, *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, pp. 107/113.

- a. No se trata de estudiar las formas regladas del poder en su centro, sino de captar el poder en aquellos espacios donde se vuelve capilar, en sus instituciones más locales y localizadas, intentado captar y estudiar al poder en su ejercicio, en su puesta en funcionamiento. Lo que se busca es indagar al poder cuando, "al desbordar las reglas de derecho que lo organizan y delimitan, se prolonga, en consecuencia, más allá de esas reglas".⁽²⁵⁾ En pocas palabras, se trata de "tomar el poder del lado del extremo menos jurídico de su ejercicio".⁽²⁶⁾
- b. No hay que estudiar al poder en el plano de la intención o la decisión, ni debe ser estudiado en el centro ni en lo alto del poder soberano. De algún modo, de lo que se trata, es de hacer todo lo contrario a lo que había realizado Hobbes en el *Leviatán*. La dirección no debe consistir en indagar cómo la multiplicidad de individuos constituyen algo así como "un núcleo central de la soberanía". En lugar de dirigir la atención hacia algo así como un centro del poder, el objetivo debe ser estudiar "los cuerpos periféricos y múltiples, esos cuerpos constituidos, por los efectos de poder, como sujetos".⁽²⁷⁾
- c. No debe suponerse que el poder es un fenómeno macizo y homogéneo de dominación, que se reparte entre quienes lo poseen con exclusividad y quienes, por carecer de él, lo sufren. Debe pensarse al poder como algo que circula, que funciona en cadena: "El poder se ejerce en red y, en esa red, los individuos no sólo circulan, sino que están siempre en posición de sufrir y también de ejercer ese poder".⁽²⁸⁾ Del mismo modo, tampoco hay que suponer al individuo como un átomo primitivo al que se le aplica el poder ya que "el individuo no es quien está enfrente del poder; él es del poder, creo, uno de sus efectos primeros".⁽²⁹⁾

(25) FOUCAULT, MICHEL, "Il faut défendre la société". *Cours au Collège de France (1975-1976)*, Paris, Gallimard- Seuil, 1997, p. 25.

(26) FOUCAULT, MICHEL, *Ibid.*, p. 25. El análisis de las relaciones de poder no "puede reducirse a una serie de instituciones, ni es suficiente con concentrarse en las grandes estrategias de poder —dado que estas se incrustan y encuentran sus condiciones de ejercicio en las micro-relaciones—, no con atender a su habitual forma jurídica". Ver GABILONDO, ÁNGEL, *El discurso en acción. Foucault y una ontología del presente*, Madrid, Anthropos, 1990, p. 169.

(27) *Ibid.*, p. 26. En similar orden de ideas, en la entrevista "Las relaciones de poder penetran al interior de los cuerpos", aparecida en enero de 1977, Foucault insistía en que el pensamiento jurídico y filosófico de los siglos XVII y XVIII había instaurado un modelo de pensar el poder a partir de la soberanía: ¿qué es la soberanía? ¿Cómo se constituye el soberano y cuál es su vinculación con los individuos? De todos modos, esta mirada "parece descalificar toda una serie de dominios de análisis; yo sé que pueden parecer muy empíricos y secundarios, pero después de todo conciernen a nuestros cuerpos, nuestras existencias, nuestra vida cotidiana". FOUCAULT, "Les rapports de pouvoir passent à l'intérieur des corps" (entretien avec L. Finas), *Dits et Écrits II*, Paris, Gallimard, 2001 [1977], p. 233.

(28) *Ibid.*, p. 26.

(29) *Ibid.*, p. 27.

- d. De modo muy similar a lo que había postulado en la segunda de las precauciones, Foucault insiste en que no hay que realizar una deducción del poder que parta del centro y se prolongue hacia abajo sino que, por el contrario, hay que efectuar un análisis ascendente del poder, es decir, partiendo de sus mecanismos capilares —que tienen su propia historia y técnicas— analizando cómo “fueron y son aún investidos, colonizados, utilizados, modificados, transformados, desplazados, extendidos, etcétera, por unos mecanismos cada vez más generales y unas formas de dominación global. No es la dominación global que se pluraliza y se transmite hasta abajo”.⁽³⁰⁾
- e. Hay que tener en cuenta que el ejercicio del poder se acompaña de producciones de saber que no deben considerarse ideológicas, puesto que cuando el poder se ejerce en sus mecanismos más capilares lo hace junto con “la formación, la organización y la puesta en circulación de un saber o, más bien, de aparatos de saber que no son acompañamientos o edificios ideológicos”.⁽³¹⁾

En este curso, Foucault sistematiza gran parte de las líneas que había comenzado a desplegar desde principios de la década de 1970: dejar de pensar que el poder se concentra únicamente en el Estado, realizar un análisis ascendente de las relaciones de poder y mostrar no el antagonismo, sino la íntima vinculación entre las relaciones de poder y los saberes. Es así que a modo de resumen de estas precauciones metodológicas, Foucault sostuvo que

“más que orientar la investigación sobre el poder por el lado del edificio jurídico de la soberanía, por el lado de los aparatos de Estado, por el lado de las ideologías que lo acompañan, creo que hay que orientar el análisis del poder el lado de la dominación (y no de la soberanía), por el lado de los operadores materiales, de las formas de sometimiento, de las conexiones y utilidades de los sistemas locales de ese sometimiento y por el lado, finalmente, de los dispositivos de saber (...) Hay que estudiar el poder fuera del modelo del *Leviatán*, fuera del campo delimitado por la soberanía jurídica y la institución del Estado; se trata de analizarlo a partir de las técnicas y tácticas de dominación”.⁽³²⁾

(30) *Ibid.*, p. 27.

(31) *Ibid.*, p. 30.

(32) *Ibid.*, p. 30.

Ahora bien, si las relaciones de poder no se concentran únicamente en el Estado, si no funcionan únicamente a partir de la represión y la prohibición, cabe preguntarse: ¿por qué al momento de reflexionar sobre el poder mantenemos esta "teoría jurídico-política de la soberanía"? ¿Por qué seguimos enredados en esta "representación jurídica del poder"? Foucault parece dar tres respuestas.

En primer lugar, en *Historia de la sexualidad I*, Foucault postula que la representación jurídica del poder se mantiene por cuestiones estratégicas, puesto que permite enmascarar el real funcionamiento de las relaciones de poder. El éxito del mantenimiento de estas relaciones, que poco tienen que ver con el modo en que se presentan en la "teoría jurídico política de la soberanía", "está en proporción con lo que alcanza a ocultar sus mecanismos". En este punto, la "teoría jurídico política de la soberanía" oculta mostrando,⁽³³⁾ puesto que esconde el funcionamiento de las relaciones de poder postulando su falso despliegue.

En segundo lugar, que sea esta teoría y no otra la que enmascara el real funcionamiento de las relaciones de poder no obedece a cuestiones azarosas, sino a razones históricas. Esto es así porque durante la Edad Media, en momentos en los cuales las monarquías comenzaron a centralizarse y debieron hacer frente a los poderes feudales intermedios, el poder sí se ejerció de modo centralizado y a través del derecho.⁽³⁴⁾ En este sentido, en *Historia de la sexualidad I*, narra que

"[e]sas grandes formas de poder han funcionado, frente a los poderes múltiples y enfrentados, por encima de todos esos derechos heterogéneos como principio de derecho, con la triple característica de constituirse como conjunto unitario, de identificar su voluntad con la ley y de ejercerse a través de mecanismos de prohibición y de sanción. Su fórmula 'paz y justicia' marca, en esta función a la cual ella aspiraba, la paz como prohibición

(33) La noción de "ocultar mostrando" es utilizada por Bourdieu para analizar el funcionamiento de algunos programas de televisión. BOURDIEU, PIERRE, *Sobre la televisión* (trad. de Thomas Kauf), Barcelona, Anagrama, 1997 [1996], pp. 24/29.

(34) FOUCAULT, MICHEL, *Il faut défendre la société...*, op. cit., pp. 31/32; FOUCAULT, MICHEL, *Histoire de la sexualité I...*, op. cit., pp. 114/116.

de las guerras feudales o privadas y la justicia como manera de suspender el arreglo privado de los litigios".⁽³⁵⁾

En este contexto histórico, el poder efectivamente parecía funcionar concentrado en el Estado y manifestarse a partir de la ley. Asimismo, a estas razones históricas por las cuales se mantiene vigente la teoría "jurídico-política de la soberanía", hay que sumar que a partir del siglo XVII en el marco de las guerras religiosas en Inglaterra, la teoría de la soberanía estaba presente en el discurso de los católicos y protestantes monárquicos, pero también en los protestantes parlamentarios y en los católicos antimonárquicos, ya fuera para fortalecer o para limitar el poder real. Finalmente, durante el siglo XVIII siempre de acuerdo con Foucault, la teoría de la soberanía se encuentra en la obra de Rousseau, en esta oportunidad a los efectos de erigir, frente a las monarquías administrativas, una democracia parlamentaria.⁽³⁶⁾ De este modo, bien puede decirse que "a pesar de las diferentes épocas y objetivos, la representación del poder ha permanecido encantada por la monarquía. En el pensamiento y el análisis político, no se ha cortado la cabeza del rey".⁽³⁷⁾

Finalmente, hay una tercera razón, la que más nos interesa tener presente, por la cual se sigue pensando al poder de esta manera. En el curso, Foucault narraba que "la teoría de la soberanía no solamente continuó existiendo, si ustedes quieren, como ideología del derecho, sino que continuó organizando los códigos jurídicos que la Europa del siglo XIX se dio a partir de los códigos napoleónicos".⁽³⁸⁾ Foucault sostiene que la teoría de la soberanía

"y la organización de un código jurídico centrada en ella ha permitido superponer a los mecanismos de la disciplina un sistema de derecho que enmascaraba sus procedimientos, que borraba

(35) FOUCAULT, MICHEL, *Histoire de la sexualité I...*, op. cit., pp. 114/115.

(36) FOUCAULT, MICHEL, "Il faut défendre la société"..., op. cit., p. 31. Es de destacar que en la referencia a Rousseau, Foucault es notablemente impreciso porque, al menos de lo que se desprende de *El contrato social* —en trabajos posteriores como *Proyecto de constitución para Córcega* y en *Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma* la radicalidad es menor—, el ginebrino es un crítico radical de la representación parlamentaria. Ver ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *Du Contrat social, ou Principes du droit politique*, Paris, Librairie des Bibliophiles, 1889, Libro III, Cap. XV, pp. 116/121.

(37) FOUCAULT, MICHEL, *Histoire de la sexualité I...*, op. cit., p. 117.

(38) FOUCAULT, MICHEL, "Il faut défendre la société", op. cit., p. 33.

aquello que podía haber de dominación y de técnicas de dominación en la disciplina y, finalmente, que garantizaba a cada uno que ejerciera, a través de la soberanía del Estado, sus propios derechos soberanos".⁽³⁹⁾

De este modo, entonces,

"los sistemas jurídicos, sea las teorías o los códigos, han permitido una democratización de la soberanía, la puesta en marcha de un derecho público articulado sobre la soberanía colectiva, al mismo momento, en la medida y porque esta democratización de la soberanía se encontraba lastrada [*lestée*] en profundidad por los mecanismos de coerción disciplinaria. De una manera más precisa, se podría decir esto: ya que las coacciones disciplinarias debían ejercerse a la vez como ejercicio efectivo de poder, y estar ocultas como ejercicio efectivo de poder, era necesario que la teoría de la soberanía sea dada en el aparato jurídico y reactivada, consumada, por los códigos jurídicos".⁽⁴⁰⁾

Teniendo en cuenta lo anterior, Foucault sostiene que tenemos

"a partir del siglo XIX y hasta nuestros días, por una parte una legislación, un discurso, una organización de derecho público articulados alrededor del principio de la soberanía del cuerpo social y de la delegación por cada uno de su soberanía al Estado; y además se tiene, al mismo tiempo, una ceñida cuadrícula de coerciones disciplinarias que asegura, de hecho la cohesión de ese mismo cuerpo social. Ahora bien, esa cuadrícula no puede en ningún caso transcribirse en ese derecho, que es sin embargo su acompañamiento necesario".⁽⁴¹⁾

Según creemos este último argumento, en parte relacionado con el primero de los enunciados, tiene un potencial enorme. Aquello que postula Foucault es que una de las razones que mantiene a flote esta "teoría jurídico-política de la soberanía" es que la organización de los códigos jurídicos,

(39) FOUCAULT, *ibid.*, p. 33.

(40) *Ibid.*, p. 33.

(41) *Ibid.*, pp. 33/34.

del derecho público, y del discurso jurídico reproducen la idea según la cual el poder está concentrado en el Estado, mientras en silencio, sigilosamente, las relaciones de poder transitan por otros senderos. Creemos que declarando derechos y libertades frente al Estado democratizamos el ejercicio del poder, pero las relaciones de poder se manifiestan en otros espacios, distintos del Estado y distintos de los derechos. Si el discurso jurídico se monta sobre una ilusión del funcionamiento del poder, la misma ilusión sobrevuela en su real utilidad al momento de concebir —si es que ello es posible— alguna región del derecho asociada a alguna práctica de emancipación. A primera vista podría pensarse que algunas áreas del derecho —el derecho empresarial, por ejemplo— difícilmente puedan asociarse a prácticas de emancipación. Sin embargo, en el discurso de los derechos humanos podrían encontrarse algunas huellas de prácticas emancipadoras y es por ello que se torna necesario indagar si, al momento de conceptualizar los derechos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos localiza al poder exclusivamente en el Estado. Se torna necesario analizar, pues, si la jurisprudencia de la Corte IDH contribuye a ilusionarnos, falsamente, con una democratización del funcionamiento del poder.

4 | Derechos, poder y Estado en la reciente jurisprudencia de la Corte IDH

Según creemos, la manera de rastrear qué concepción de poder está implícita en el funcionamiento de la Corte Interamericana es analizar el modo en que conceptualiza los derechos. Si al momento de definir, de presentar, de caracterizar estos derechos, la Corte solamente lo hace en referencia con el Estado, es porque el tribunal reduce el poder al Estado y cree que solamente allí se despliega el **poder**: como solamente el Estado **puede** violar derechos, es menester limitarlo y sólo a él se lo limita o, como solamente el Estado **puede** realizar o contribuir a la realización de los derechos, es menester exigirle sólo a él.

Para indagar qué concepción de poder subyace en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hemos tomado al azar 16 de las 25 sentencias de fondo que han sido dictadas en los últimos 21 meses —entre el 4 de noviembre de 2011 y el 1 de agosto de 2013—, y hemos analizado si al momento de conceptualizar los derechos se lo hizo

en referencia a privados y al Estado indistintamente o solamente respecto del Estado. En este sentido, por cuestiones metodológicas, para desarrollar nuestro análisis, hemos descartado los párrafos en los cuales la Corte IDH se refirió a los Estados para mostrar la existencia de una violación efectiva de derechos. Es decir, hemos desechado los párrafos en los cuales el tribunal condenó a un Estado por violar determinado derecho, puesto que nuestro interés ha sido estudiar los pasajes en los cuales la Corte IDH definió y conceptualizó a los derechos, sea en relación con particulares o con el Estado. Por otra parte, es importante tener en cuenta que también hemos excluido las referencias de casos en los cuales se alude al “derecho a la verdad”, “derecho a una investigación judicial”, o “derecho al debido proceso”, puesto que el Estado se ha apropiado y en cierto sentido ha monopolizado el discurso sobre la verdad del pasado y sobre el proceso judicial. Según creemos, cuando median casos relativos a las investigaciones judiciales, difícilmente pueda pensarse una exigibilidad a sujetos diferentes al Estado. Si bien no hemos descartado los casos, sí hemos desechado los párrafos en los cuales los jueces aludieron a los mencionados derechos.

Teniendo en cuenta las anteriores exclusiones, e insistimos, solamente atendiendo a los pasajes en los cuales las sentencias brindaban una conceptualización de los derechos, tal como se detalla caso por caso en el anexo, se observa que, de los 18 pronunciamientos listados, la Corte Interamericana conceptualizó en 53 oportunidades a los derechos en relación con el Estado, y solamente en 8 ocasiones lo hizo en relación con los particulares.

Tanto los derechos liberales clásicos, cuanto los derechos económicos sociales y culturales, traen consigo una limitación o una abstención al poder, pero también una exigencia de hacer. Si tomamos el derecho de propiedad, para utilizar un ejemplo paradigmático de los derechos civiles, se advierte que hay una faz de limitación —no ingresar a una propiedad—, pero también una exigencia de hacer —se exige que se monte un aparato policial y judicial para impedir y castigar ese ingreso indebido a la propiedad—. En el caso del derecho a la vivienda digna, como ejemplo de un derecho social, también hay una faz de limitación —por ejemplo una abstención de desalojo— y también una exigencia de hacer —que se manifiesta, por ejemplo, en la obligación de dar vivienda a quienes no la tienen—. Ahora bien, lo interesante es que al momento de conceptualizar

esa obligación de hacer o de no hacer, pareciera que el discurso de los derechos humanos rápidamente incluye al Estado, y con la misma rapidez olvida a los privados. Pareciera ser que al momento de definir, de conceptualizar los derechos, casi no hay manera de hacerlo sin referirse al Estado: los derechos son un límite al Estado o son una obligación de hacer dirigida hacia el Estado.

Lo curioso es que en el discurso liberal clásico, que se despliega desde fines del siglo XVII, se ha pensado a los derechos como límites frente al Estado porque allí parecía concentrarse el poder. Una prolija conceptualización de los derechos debería referenciarse respecto del poder: en tanto el funcionamiento del poder puede avasallar derechos, pero también puede realizarlos como tales, la referencia conceptual de los derechos humanos debería estar atada al funcionamiento del poder. No tiene sentido pensar los derechos si no es en referencia con el poder, pero lo curioso es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al momento de conceptualizar los derechos, lo hace, casi exclusivamente, en referencia al Estado. En un contexto mundial como el actual, en el cual —de acuerdo a los trabajos de *Global Trends* analizando el año 2009— de las 100 economías del mundo, 44 son corporaciones y, a modo de ejemplo, los activos de *Wal-Mart Stores* superan el PBI de 174 países. Seguir pensando que el poder se concentra únicamente en el Estado y que con el sólo límite a los actos de gobierno, o solamente exigiendo al Estado, tendremos una primavera de los derechos humanos, resulta una mirada notablemente simplificada y vetusta del funcionamiento de las relaciones de poder.

Ahora bien, esta mirada vetusta e inconsistente sobre las relaciones de poder, no solamente se vislumbra a partir de los datos que arrojó el análisis de las 18 sentencias referidas, sino que también se advierte en dos sentencias que nos interesa mencionar con mayor detalle.

En el “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, sentenciado el 27 de junio de 2012, la Corte analizó una controversia en la cual el Estado ecuatoriano, durante la década de 1990, otorgó permiso a una empresa privada —un consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles SA (CGC) y la Petrolera Argentina San Jorge SA— para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku de la región Amazónica, sin consulta previa ni consentimiento de éste. Se iniciaron las fases de exploración petrolera,

se detonaron explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena, se creó una situación de riesgo para la población, lo cual le habría impedido buscar medios de subsistencia —noventa por ciento de sus necesidades alimenticias son satisfechas con productos provenientes de su propia tierra—, y habría limitado sus derechos de circulación y de expresar su identidad cultural. Lo paradójico del caso es que si bien el Estado ecuatoriano no garantizó el derecho a la consulta previa, la Corte reconoció el daño creado por los particulares pero atribuyó la responsabilidad únicamente al Estado.

En primer lugar, los jueces entendieron que correspondía “a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente”.⁽⁴²⁾ Se advierte, pues, que en un caso en el cual una empresa privada dañó un territorio perteneciente a pueblos indígenas, los jueces cargaron la obligación de proteger sus territorios solamente en el Estado. De todos modos, las dificultades conceptuales no terminan aquí. Es así que, para los jueces “[e]s claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada”.⁽⁴³⁾ Ahora bien en el caso bajo análisis

“la empresa petrolera realizó, con la aquiescencia y protección del Estado, el desbroce de senderos y sembró cerca de 1400 kg. de explosivo pentolita en el bloque 23, que incluye el territorio Sarayaku. Por ende, ha sido un riesgo claro y comprobado, que correspondía al Estado desactivar, como en efecto fue ordenado mediante las medidas provisionales. Es decir, el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku **por parte del Estado**, permitiendo la siembra de explosivos en su territorio, ha significado la creación

(42) Corte IDH, “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, 27/06/2012, párr. 141.

(43) “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, cit., párr. 245.

de una situación permanente de riesgo y amenaza para la vida e integridad personal de sus miembros”.⁽⁴⁴⁾

Tal como se advierte, el caso roza lo ridículo puesto que la empresa utilizó toneladas de explosivos para destruir el territorio indígena pero, al momento de conceptualizar el derecho de propiedad comunal, la Corte solamente alude al Estado como aquel que debe velar por su protección. Un buen desarrollo conceptual sobre el derecho de propiedad comunal debería pensarse en relación con aquellos que tienen el *poder* de destruirla —o de garantizarla— y la Corte parece reducir ese poder al Estado.

Por su lado, en el “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentenciado el 21 de noviembre de 2012, los jueces analizaron un caso en el cual tanto la Corte Suprema de Justicia de Chile otorgó la tuición definitiva de tres niñas a su padre en perjuicio de Karen Atala Riffo, cuya pareja tenía su mismo sexo y por ello demandó al Estado chileno aduciendo ser víctima de discriminación por razones de orientación sexual. Tal como veremos, en este caso se advierte notablemente los problemas que tiene la Corte IDH al momento de conceptualizar los derechos. De modo casi excepcional, los jueces reconocieron que los privados podían interferir en los derechos y de manera por demás infrecuente conceptualizaron a los derechos en relación tanto con el Estado como con los particulares, indicando que “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”.⁽⁴⁵⁾ De todos modos, es notable que en la misma sentencia en la cual los jueces reconocieron que los privados podían violar derechos, no lograron conceptualizar que aquéllos también pueden coadyuvar a su realización. En este orden de ideas, resulta preocupante que los jueces indiquen que “[l]os Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”⁽⁴⁶⁾ y luego, solamente siete párrafos después de marcar que los privados también po-

(44) “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, cit., párr. 248, el destacado nos pertenece.

(45) Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Riffo y Niñas c/ Chile”, sentencia del 21 de noviembre de 2012, párr. 161.

(46) “Atala Riffo y Niñas c/ Chile”, cit., párr. 80.

dían vulnerar derechos, arguyan que “el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”.⁽⁴⁷⁾ Que los jueces de la Corte incluyan y excluyan a los privados al momento de conceptualizar los derechos indica que no tienen en claro cómo hacerlo. Podría ser preocupante que en una lectura oblicua de toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana existieran déficits para pensar la relación entre los derechos y el poder, sea el poder del Estado o de particulares, pero notablemente más preocupante resulta que estas dificultades se presenten en una misma sentencia, a pocos párrafos de distancia.

5 | Notas finales

Tal como bien advertía Foucault, la “teoría jurídico política de la soberanía” permeó en los códigos jurídicos, puesto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha limitado las denuncias para acceder a la Corte a demandas contra los Estados, lo que marca notablemente la preocupante tendencia de reducir el poder al Estado. Como punto de partida, no deberíamos olvidar que es el documento que a nivel regional tiene mayor peso al momento de conceptualizar los derechos humanos, y circunscribe las denuncias al Estado. En el mismo orden de ideas, aunque sin necesidad de mantener esa conceptualización, pudiendo pensar los derechos en relación al poder del Estado, pero también de los particulares, los pronunciamientos de la Corte Interamericana continúan sembrando la ilusión de la democratización del ejercicio del poder al conceptualizar los derechos, casi exclusivamente, en relación con el Estado.

Estos problemas que aquí marcamos, según creemos, tornan por demás preocupantes las tendencias de los tribunales internos a aplicar de modo automático, irreflexivo, las interpretaciones del tribunal internacional. Asimismo, esta preocupación se acrecienta en la medida en que estamos en un área del derecho, la de los derechos humanos, más cercana a —o menos alejada de— las prácticas de emancipación.

(47) “Atala Riffo y Niñas c/ Chile”, cit., párr. 169.

Si en lugar de conceptualizar los derechos en función del Estado, y solamente de modo excepcional en relación con los particulares, el discurso de los derechos humanos definiera los derechos en función del **poder**, la distinción entre Estado y privados perdería sentido. Es cierto que con ello deberíamos trazar un nuevo horizonte para pensar los derechos y, también, su exigibilidad, pero eso por el momento resulta notablemente dificultoso. De todos modos, según creemos, es la manera de no reproducir una ilusión del modo en que funcionan las relaciones de poder y, por sobre todo, no reproducir un discurso que también ilusiona con prácticas lindantes a la emancipación.

Anexo de sentencias

1. "Caso Familia Barrios vs. Venezuela", 24/11/2011. En cuatro oportunidades se definieron a los derechos humanos en relación con el Estado.⁽⁴⁸⁾ Una en relación con particulares (derecho a la privacidad).⁽⁴⁹⁾

2. "Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras", 24/04/2012. Hay numerosas referencias que vinculan los derechos humanos al Estado, pero son referencias que aluden a los derechos de quienes están privados de libertad, por lo cual no se tendrán en cuenta para el relevo. Los particulares, en principio, no pueden encerrar personas "legítimamente".

3. "Caso Forneron e hija vs. Argentina, 27/04/2012. No hay mayores referencias conceptuales que identifiquen la relación de los derechos humanos con el Estado o con particulares. Además se trata de un caso en el cual la problemática se había suscitado por un proceso judicial (una adopción).

4. "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", 27/06/2012. En cuatro oportunidades se definieron los derechos humanos en relación con el Estado.⁽⁵⁰⁾ En ninguna en relación con particulares.

.....

(48) Párrs. 46, 47, 48, 140.

(49) Párr. 140.

(50) Párrs. 171, 172, 245, 248.

5. "Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador", 03/09/2012. Se trata de un caso exclusivamente vinculado a supuestas deficiencias en una investigación judicial.

6. "Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia", 03/09/2012. En seis oportunidades se definieron los derechos en relación con el Estado.⁽⁵¹⁾ En dos oportunidades en relación con particulares (libertad de expresión, y protección de los niños).⁽⁵²⁾

7. "Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela", 03/09/2012. En dos oportunidades se definieron a los derechos humanos en relación con el Estado.⁽⁵³⁾ En ninguna en relación con particulares.

8. "Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala", 04/09/2012. En tres oportunidades se definieron los derechos humanos en relación con el Estado.⁽⁵⁴⁾ En ninguna en relación con particulares.

9. "Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana", 24/12/2012. En tres oportunidades se definieron los derechos humanos en relación con el Estado.⁽⁵⁵⁾ En ninguna en relación con particulares.

10. "Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c/ El Salvador", 25/12/2012. En ocho oportunidades se definieron los derechos humanos en relación con el Estado.⁽⁵⁶⁾ En dos en relación con particulares (derecho a la privacidad, y protección de los niños —que estrictamente no es un derecho—).⁽⁵⁷⁾

11. "Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala", 20/11/2012. En siete oportunidades se definieron los derechos humanos

(51) Párrs. 126, 139, 186, 220, 225, 226.

(52) Párrs. 189, 226.

(53) Párrs. 190, 204.

(54) Párrs. 120, 145, 167.

(55) Párrs. 108, 224, 236.

(56) Párrs. 144, 145, 146, 150, 167, 182, 188, 242.

(57) Párrs. 150, 182.

en relación con el Estado.⁽⁵⁸⁾ Dos en relación con particulares (derecho a la vida e integridad personal y derecho de asociación).⁽⁵⁹⁾

12. "Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile", 21/11/2012. En cinco oportunidades se definieron los derechos humanos en relación con el Estado.⁽⁶⁰⁾ En una en relación con particulares (derecho a la privacidad de la familia).⁽⁶¹⁾

13. "Caso Artavia Murillo y otros ('Fecundación *in vitro*') vs. Costa Rica", 28/11/2012. En cuatro oportunidades se definieron los derechos humanos en relación con el Estado.⁽⁶²⁾ En ninguna en relación con particulares.

14. "Caso Castillo González y otros vs. Venezuela", 29/11/2012. En tres oportunidades se definieron los derechos humanos en relación con el Estado.⁽⁶³⁾ En ninguna en relación con particulares.

15. "Caso García y familiares vs. Guatemala", 29/11/2012. En una oportunidad se definió a los derechos humanos en relación con el Estado.⁽⁶⁴⁾ En ninguna en relación con particulares.

16. "Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia", 30/11/2012. En cuatro oportunidades se definió a los derechos humanos en relación con el Estado.⁽⁶⁵⁾ En ninguna en relación con particulares.

.....
(58) Párrs. 192, 200, 204, 219, 277, 304, 305.

(59) Párrs. 204, 219.

(60) Párrs. 78, 79, 80, 161, 169.

(61) Párr. 161.

(62) Párrs. 147, 148, 172, 292.

(63) Párrs. 122, 124, 180.

(64) Párr. 116.

.....
(65) Párrs. 142, 188, 189, 190.



Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

- AAVV, “Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico”, Gobierno de España, Ministerio de Justicia [en línea], http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292346-648731?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3drecomendaciones_de_la_comisi%c3%93n_de_modernizaci%c3%93n_del_lenguaje_jur%c3%8ddico.pdf, consultado el 15-12-2012.
- ABELES, MARTÍN; BALASINI, JUAN y PANIGO, DEMIAN, “Hacia un IVA más progresivo en la Argentina: Análisis y factibilidad”, en *24 Seminario Anual de Política Fiscal*, 24 al 26 de enero de 2012, Santiago de Chile, CEPAL, Naciones Unidas, 2012.
- ABRAMOVICH, VÍCTOR; BOVINO, ALBERTO; COURTIS CHRISTIAN (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Bs. As., Editores del Puerto, 2007.
- AGUILERA PORTALES, RAFAEL E., *Constitución y Democracia: Fundamentos Políticos del Estado de Derecho*, Lima, Grijley, 2011.
- ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *La Apertura del Amazonas o la clausura fluvial del Brasil*, París, Editorial Dentu, 1867.
- ALTHUSSER, LOUIS, “Los aparatos ideológicos del Estado”, en Rajland, Beatriz y Campione, Daniel, *Estado, Política e Ideología*, Bs. As., Editorial Letra Buena, 1992.
- ANOUILH, JEAN, *Antígona*, 25ª ed., Bs. As., Losada, 1995.
- ARAZI, ROLANDO, “El Estado y las medidas cautelares (ley 26854)”, en *JA* 11, 2013-II.
- ATWOOD, MARGARET, *Penélope y las doce criadas*, España, Ed. Salamandra, 2005.
- AUGÉ, MARC, *¿Por qué vivimos?*, Barcelona, Gedisa, 2006.
- BARBERIS, JULIO, *Formación del Derecho Internacional*, Bs. As., Depalma, 1994.
- BARBERIS, JULIO, *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos, 1984.
- BARBERIS, JULIO; PFIRTER ARMAS, FRIDA y QUEROL, MARÍA, “Sujetos del derecho de gentes”, en *Cuadernos de Derecho Internacional*, n° 1, Bs. As., Depalma/ Universidad Austral, 1998.
- BARREIX, ALBERTO; BÈS, MARTÍN y ROCA, JERÓNIMO, “El IVA Personalizado. Aumentando la recaudación y compensando a los más pobres”, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), del Instituto de Estudios Fiscales de España (IEF), de EUROsociAL Fiscalidad o de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto de Uruguay (OPP), 2010.
- BARREIX, ALBERTO; BÈS, MARTÍN y ROCA, JERÓNIMO, “Resolviendo la trinidad imposible de los impuestos al consumo. El IVA Personalizado”, CEPAL-BID-CEDOB, septiembre 2011.
- BASTIDO FREIJEDO, FRANCISCO J. et. al., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2005.
- BASUALDO, EDUARDO y KHAVISSE, MIGUEL, *El Nuevo Poder Terrateniente. Investigación sobre los nuevos y viejos propietarios de tierras de la provincia de Buenos Aires*, Bs. As., Editorial Planeta, 1993.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- BAUMAN, ZYGMUNT, *Vida de consumo*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2007.
- BAYER, OSVALDO (coord.), *Historia de la crueldad argentina*, T. I, “Julio Argentino Roca”, Bs. As., Ediciones CCC —Centro Cultural de la Cooperación—, 2006.
- BOSCH BEATRIZ, *Urquiza y su tiempo*, Bs. As., Eudeba, 1971.
- BOURDIEU, PIERRE, *Poder, derecho y clases sociales*, 2ª edición, Bilbao, Editorial Desclee de Bouver, 2001.
- BOURDIEU, PIERRE, *Sobre la televisión* (trad. de Thomas Kauf), Barcelona, Anagrama, 1997 [1996].
- BOUZAS, AUGUSTO; CAPPÀ, ANDRÉS; GIRARD, MELISA, “Impuesto a la Herencia: Una herramienta distributiva”, en *La revista del CCC*, mayo/diciembre 2010, n° 9/10 [en línea], <http://www.centrocultural.coop/revista/articulo/194/>
- BRESSER-PEREIRA, LUIZ CARLOS, “El asalto al Estado y al mercado: neoliberalismo y teoría económica”, en *Nueva Sociedad*, n° 221, 2010.
- CAMPIONE, DANIEL; RAJLAND, BEATRIZ; COSTANTE, LILIANA y UNZUÉ, MARTÍN, “Del discurso televisivo, del poder y la exclusión. La corona de lata”, en *Estado y sociedad. Algunas reflexiones sobre la política en la Argentina actual*, Bs. As., EUDEBA, 1999.
- CANGIANO, FERNANDO P., “¿De qué hablamos cuando hablamos de “desmalvinización”?”, en *Tiempo Argentino*, 12/05/2012.
- CANGIANO, FERNANDO P., “Desmalvinización: la derrota argentina por otros medios” [en línea], www.relacionesdeltrabajo.fsoc.uba.ar/prod/Desmalvinizacion.pdf
- CANOSA USERA, RAÚL, *Constitución y Medio Ambiente*, Madrid y Buenos Aires, Dykinson y Ciudad Argentina, 2000.
- CARI/PNUD ARGENTINA-COMITÉ: “Las Provincias en el Plano Internacional”, Informe final Proyecto “Provincias y Relaciones Internacionales”, CARI, 2005 [en línea], en www.cari1.org.ar
- CARNAP, RUDOLF, *La construcción lógica del mundo*, México, DF, UNAM, 1998.
- CARNOTA, WALTER F., “El marco teórico-conceptual de los tratados internacionales”, en Walter Carnota y otros (dirs.), *Tratado de los Tratados Internacionales Comentados*, T. 1, Bs. As., La Ley, 2011.
- CARNOTA, WALTER F., *Derecho federal. Sus implicancias prácticas*, Bs. As., Grun editora, 2005.
- CARNOTA, WALTER F., *Normas Constitucionales. Su elaboración*, Bs. As., Legis, 2009.
- CASTRO, JORGE, “Malvinas: ¿regionalización del conflicto?”, *Artículo de Actualidad*, 1884 Editorial [en línea], http://www.1884editorial.com.ar/articulo.php?subaction=showfull&id=1332446549&archive=&start_from=&ucat=&
- CATALANO, LUCIANO, *Plan constructivo del radicalismo: el libro de las masas productoras*, Bs. As., Laboratorio Social, 1933.
- CEPAL, *Espacios iberoamericanos: Hacia una nueva arquitectura del Estado para el desarrollo*, CEPAL, 2011.
- CETRÁNGOLO, OSCAR y GÓMEZ SABAINI, JUAN C., “La imposición en la Argentina: un análisis de la imposición a la renta, a los patrimonios y otros tributos considerados directos”, en *Serie Modelos de Desarrollo*, n° 84, CEPAL, 2009.

- CETRÁNGOLO, OSCAR y GÓMEZ SABAINI, JUAN C., *Tributación en América Latina. En busca de una nueva agenda de reformas*, Bs. As., CEPAL, 2006.
- CISNEROS, ANDRÉS y ESCUDE, CARLOS (dirs.), *Historia general de las relaciones exteriores de la República Argentina*, Bs. As., Grupo Editor Latinoamericano, 2000.
- COLACRAI, MIRYAM y ZUBELZÚ, GRACIELA, “Las vinculaciones externas y la capacidad de gestión internacional desplegadas por las provincias argentinas en la última década. Una lectura desde las relaciones internacionales” [en línea], www.caril.org.ar
- Colección de Tratados celebrados por la República Argentina con las naciones extranjeras*, Publicación Oficial, Bs. As., Imprenta y Litografía a vapor Bernheim y Boneo, 1863.
- Colección de Tratados celebrados por la República Argentina con las naciones extranjeras*, Publicación Oficial, T. II, Bs. As., Imprenta de Juan Alsina, 1884.
- COMANDUCCI, PAOLO, “Modelos e interpretación de la constitución”, en Manuel Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2008.
- COMELLAS, JOSÉ LUIS, *Los Grandes Imperios Coloniales*, Madrid, España, Ediciones Rialp, Gráficas Rogar, 2001.
- COSTANTE, LILIANA B., *Conocimiento, trabajo y dominación. Construcción de la desigualdad social*, Bs. As., Prometeo Libros, 2010.
- CRAWFORD, JAMES, “Informe del Proyecto Crawford sobre la Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos”, anexo a la Resolución N° 56/83 del 2001 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- CHÁVEZ, JULIO CÉSAR, *El presidente Lopez. Vida y gobierno de Don Carlos*, 2ª ed., Bs. As., De Palma, 1968. También en línea, en Biblioteca virtual del Paraguay: www.bvp.org.py, consultado el 16/08/2010.
- DALLA VIA, ALBERTO R., “Modelos, tribunales y sentencias constitucionales”, en *La Ley*, 06/02/2009, I-LALEY 2009-A, 1158.
- DE LA GUARDIA, ERNESTO y DELPECH, MARCELO, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, Fedye, Bs. As., La Ley, 1970.
- DE LA GUARDIA, ERNESTO, *Derecho de los Tratados*, Bs. As., Depalma, 1997.
- DE SANTIS, GERARDO; IÑIGUEZ, ALFREDO; LAVARELLO, PABLO, y ZANABRIA, MIGUEL (comps.), *Capacidades Tecnológicas y política pública a las PyMEs*, Edulp, CIC y CIEPy, 2011.
- DEL VALLE, ARISTÓBULO, *Derecho Constitucional*, T. II, Bs. As., 1895.
- DESCARTES, RENÉ, *Principia philosophiae (Principles of Philosophy)*. Translation with explanatory notes by Valentine Rodger and Reese P. Miller (Reprint ed.), Dordrecht, Reidel, 1983.
- Diario de Sesiones*, T. I, Bs. As., 1949.
- DIEZ DE VELASCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12ª, Madrid, Tecnos, 1999.
- DIRECCIÓN DE COORDINACIÓN DE POLÍTICAS PRODUCTIVAS, *Instrumentos para el desarrollo productivo en la Argentina*, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, 2011.
- DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS y ESTADÍSTICAS LABORALES, *Boletín anual de Empleo Registrado y Empresas. Observatorio de Empleo y Dinámica Empresarial*, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2011 [en línea], www.trabajo.gob.ar

- DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS Y ESTADÍSTICAS LABORALES, *Boletín de Remuneraciones de Trabajadores Registrados, Observatorio de Empleo y Dinámica Empresarial*, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 2011, [en línea], www.trabajo.gob.ar
- DIRECCIÓN NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS FISCAL, *Tributos Vigentes en la República Argentina a nivel nacional*, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, 2011 [en línea], www.mecon.gov.ar
- DIXON, ROSALIND y GINSBURG, TOM, “Deciding not to decide: Deferral in Constitutional Design”, en *International Journal of Constitutional Law*, n° 3 y 4, New York, 2011, vol. 9.
- DONNELLY, MICHAEL, “Des divers usages de la notion de biopouvoir”, en AAVV, *Michel Foucault philosophe. Rencontre internationale*, París, Éditions du Seuil, 1989 [1988].
- DUE, JOHN y FRIEDLAENDER, ANN, *Análisis económico de los impuestos y del sector público*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1990.
- ELÍAS MÉNDEZ, CRISTINA, “El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su interacción con el derecho de la Unión Europea” [en línea], <http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/03CristinaElias.htm>, consultado el 14/08/2013.
- ESCUDE, CARLOS y CISNEROS, ANDRÉS (dirs.), *Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina*, T. V, 1852-1860. *Dos Estados argentinos, dos políticas exteriores*, Centro de Estudios de Política Exterior, GEL, 1998.
- FERNÁNDEZ, ROBERTO SIXTO, “Impuestos internos en el tercer milenio”, 2011 [en línea], www.mecon.gov.ar
- FERN, HENRY STANLEY, *Gran Bretaña y Argentina en el siglo XIX*, Bs. As., Ediciones Solar, 1966.
- FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de Filosofía*, Madrid, E-J, Ariel, 2009.
- FIGARI, GUILLERMO, *Pasado, presente y futuro de la política exterior argentina*, Bs. As., Biblos, 1993.
- FITTE, ERNESTO, *Los tratados de libre navegación y la soberanía de Martín García*, Bs. As., Emecé, 1970.
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, “Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina” [en línea], <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/188/6.pdf>, p. 62, consultado el 14/08/2013.
- FOUCAULT, MICHEL, “De la nature humaine: justice contre pouvoir”, en *Dits et écrits I*, París, Gallimard, 2001 [1971], n° 132.
- FOUCAULT, MICHEL, “Il faut défendre la société”, *Cours au Collège de France (1975-1976)*, París, Gallimard-Seuil, 1997.
- FOUCAULT, MICHEL, “Le jeu de Michel Foucault” (*entretien avec D. Colas, A. Grosrichard, G. Le Gaufey, J. Livi, G. Miller, J. Miller, J. A. Miller, C. Millor, G. Wagenam*), *Dits et Écrits II*, París, Gallimard, 2001 [1977], n° 206.
- FOUCAULT, MICHEL, “Les intellectuels et le pouvoir” (*entretien avec G. Deleuze*), en *Dits et Écrits I*, París, Gallimard, 2001 [1972], n° 106.
- FOUCAULT, MICHEL, “Les rapports de pouvoir passent à l’intérieur des corps” (*entretien avec L. Finas*), *Dits et Écrits II*, París, Gallimard, 2001 [1977].
- FOUCAULT, MICHEL, “The Subject and Power”, en Dreyfus, Hubert, Rabinow, Paul, *Michel Foucault. Beyond structuralism and hermeneutics*, Chicago University Press, Chicago, 1983 [1982].

- FOUCAULT, MICHEL, *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, París, Gallimard, 1976.
- FRANKE, HERBERT y TRAUZETTEL, ROLF, *El Imperio Chino*, 3ª, Madrid, Siglo XXI, 1980.
- GAGGERO, JORGE y GRASSO, FEDERICO, “La cuestión tributaria en Argentina. La historia, los desafíos del presente y una propuesta de reforma”, en *Documento de Trabajo*, n° 5, julio, CEFID-AR, 2005.
- GAGGERO, JORGE, “La progresividad tributaria. Su origen, apogeo y extravío (y los desafíos del presente)”, en *Documento de Trabajo*, n° 23, diciembre, CEFID-AR, 2008.
- GÁLVEZ, JAIME, *Rosas y la navegación de nuestros ríos*, 2ª ed., Bs. As., Editorial Huemul, 1955.
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, “Positivismo jurídico”, en AAVV, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012.
- GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO, “Los tribunales constitucionales en América Latina” [en línea], <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2225/13.pdf>, consultado el 14/08/2013.
- GARCÍA BELSUNCE, HORACIO A. y DÍAZ, VICENTE OSCAR (dirs.), *Historia de la Tributación Argentina (1810-2010)*, Bs. As., Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Bs. As., Errepar, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *Curso de Derecho Administrativo*, T.I., Bs. As., La Ley, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Navarra, Thomson-Civitas, 2007.
- GARGARELLA, ROBERTO, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman” [en línea], http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, “Acercas de las limitaciones jurídicas del soberano”, en AAVV, *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1983.
- GASOL VARELA, CLAUDIA GABRIELA, “Gobiernos locales y gestión internacional. Aspectos constitucionales e ius internacionalistas aplicables al caso argentino. Debates actuales”, ponencia expuesta en *Coloquio Federativo “Cooperación Internacional Federativa. Marco Legal y mecanismos institucionales”*, organizada por el Gobierno de la República Federativa de Brasil y el *Forum of Federations*, Brasilia, octubre 2011 [en línea], en página del CARI: http://www.cari.org/organos/comiteprovincias_actividades.html
- GASOL VARELA, CLAUDIA GABRIELA, “Gobiernos Locales y gestión internacional. El caso argentino”, en *Temas de política exterior, comercio internacional y relaciones internacionales*“, año V, n° 5, diciembre, Asociación Profesional del Servicio Exterior de la Nación, 2012, pp. 133/154.
- GÓMEZ SABAINI, JUAN CARLOS; JIMÉNEZ, JUAN PABLO y PODESTÁ, ANDREA, “Tributación, evasión y equidad en América Latina y el Caribe”, en *Evasión y equidad en América Latina*, Bs. As., CEPAL y GTZ, 2010.
- GONZÁLEZ, DARÍO, “La política tributaria heterodoxa en los países de América Latina”, en *Serie Gestión Pública*, n° 70, ILPES-CEPAL, 2009.
- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, Bs. As., Estrada Editores, 1959.

- GROS, FREDERIC, “Sujet moral et soi éthique chez Foucault”, en *Archives de Philosophie* 2002/2, vol. 65.
- GUERRA, FRANCOIS-XAVIER, *Modernidad e Interdependencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, México, Editorial Mapfre/ Fondo de la Cultura Económica, 1993.
- GUTIÉRREZ, JOSÉ R., *Colección de los Tratados y Convenciones celebrados por la República de Bolivia con los Estados Extranjeros*, T. I: Derecho Diplomático Boliviano, Santiago de Chile, Imprenta de El Independiente, 1869.
- HÄBERLE, PETER, “Funciones y significado de los tribunales constitucionales en perspectiva comparada y comentario a los 60 años del tribunal constitucional” [en línea], http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/12_HABERLE.htm, consultado el 06/08/2013.
- HÄBERLE, PETER, “La constitución como cultura”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 6, CEPC, Madrid, 2002, pp.177/198.
- HÄBERLE, PETER, “La constitución en el contexto”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, n° 7, Madrid, 2003, pp. 223/245.
- HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA (H), *Integración y Globalización: Rol de las regiones, provincias y municipios*, Bs. As., Depalma, 2000.
- HESSE, KONRAD, “Constitución y Derecho constitucional”, en AAVV, *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 1/15.
- HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- HOBBS, THOMAS, *El cuerpo. Primera sección de los elementos de filosofía*, Valencia, Pre-Textos, 2010.
- HOBBSAWM, ERIC, *Industria e Imperio*, trad. de Gonzalo Pontón, 2ª ed., España, Penguin Books Ltd., 1982.
- HOBBSAWM, ERIC, *La era del Capital 1848-1875*, 2ª ed., Bs. As., Grupo Editorial Planeta, 2001.
- HOBBSAWM, ERIC, *La era del Imperio 1875-1914*, 2ª ed., Bs. As., Grupo Editorial Planeta, 2001.
- HOLMES, STEPHEN y SUNSTEIN, CASS, *El costo de los derechos. Por qué los derechos dependen de los impuestos*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2012.
- HUMBERT, JUAN, *Mitología griega y romana*, con Prefacio del Abate Enrique Thédénat (miembro del Instituto de Francia), Barcelona, Editorial Gustavo Gili SA, 24ª ed., 2ª reed., 1943.
- ÍÑIGUEZ, ALFREDO y MORDUCHOWICZ, ALEJANDRO, “Los hitos e hitos tributarios de la Convertibilidad”, en *Informe de Coyuntura*, n° 65/66 del Centro de Estudios Bonaerense (CEB), abril/mayo de 1997.
- ÍÑIGUEZ, ALFREDO y SELVA, RAFAEL A., “Lineamientos para adaptar el sistema tributario al nuevo modelo económico”, en *Entrelíneas de la Política Económica*, n° 7, CIEPyC-UNLP, 2007.
- ÍÑIGUEZ, ALFREDO y SELVA, RAFAEL A., “Un cuarto de siglo de política tributaria regresiva”, en *Entrelíneas de la Política Económica*, n° 6, CIEPyC-UNLP, 2007.
- JARACH, DINO, “El impuesto a la renta normal potencial de la tierra”, en *Ensayo sobre administración, política y derecho tributario*, T. 2, Ediciones Macchi, 1970.
- JARACH, DINO, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 3ª edición, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1996.

- JIMÉNEZ, JUAN PABLO y PODESTÁ, ANDREA, *Inversión, incentivos fiscales y gastos tributarios en América Latina*, CEPAL, 2009.
- KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1958.
- KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, 2ª ed., México, Porrúa, 1993.
- KENNEDY, DUNCAN, *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2012.
- KOO, RICHARD, “El mundo en una recesión de balances”, en *Ensayos Económicos*, n° 63, BCRA, julio/setiembre de 2011.
- LE BRETON, DAVID, *Antropología del cuerpo y modernidad*, 1ª ed., 4ª reimp., Bs. As., Nueva Visión, 2008.
- LIENDO, IGNACIO T., “Malvinas: comunicación y agenda internacional”, en *Más poder local*, n° 10, mayo 2012 [en línea], http://www.ortegay-gasset.edu/descargas/contenidos/M%C3%A1s_Poder_Local_N%C2%BA_10.pdf
- LÓDOLA, AGUSTÍN y VELASCO, PEDRO (coords.) “El Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes. Su reincorporación en la Provincia como instrumento eficiente en la búsqueda de la igualdad de oportunidades”, en *Cuaderno de Economía*, n° 78, Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires. La Plata, 2011.
- MACAGGI, GABRIEL, “Independencia Interna: Clave de la Reforma Judicial Latinoamericana”, en *Revista Derecho Público*, año II, n° 4, marzo, Ediciones Infojus, 2013.
- MARTÍN y HERRERA, FÉLIX, *Curso sumario de Moral. Lecciones dadas en la Escuela Normal*, 10ª ed., Bs. As., Ángel Estrada y Cía. Editores, 1899.
- MATUS, CARLOS, *Los tres cinturones del gobierno*, Bs. As., Universidad Nacional de La Matanza, Fundación CIGOB y Fundación ALTADIR, 2007.
- MAURINO, ALBERTO L., “Las medidas cautelares contra la Administración Pública. Ley 26854”, en *JA* 11, 2013-II.
- MÉNDEZ MADDALENO, JARY L., *La Constitución como proceso político*, Madrid, Dykinson, 2012.
- MIDÓN, MARIO A. R., *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del Mercosur*, Rubinzal-Culzoni, 1998.
- MONDOLFO, RODOLFO, *En los orígenes de la filosofía de la cultura*, Bs. As., Hachette, 1960.
- MOONEY, ALFREDO EDUARDO, “Derecho Público Provincial”, Córdoba, Editorial Advocatus, abril 2001.
- MUCHEMBLED, ROBERT, *Una historia de la violencia. Del final de la Edad Media a la actualidad*, Madrid, Paidós, 2010.
- MUSGRAVE, RICHARD y MUSGRAVE, PEGGY, *Hacienda Pública. Teórica y aplicada*, 5ª edición, Madrid, Mc Graw Hill, 1992.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur” [en línea], http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200003, consultado el 06/08/2013.
- NUÑEZ MIÑANA, HORACIO, *Finanzas Públicas*, Bs. As., Ediciones Macchi, 1998.
- O’ DONNELL, GUILLERMO, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Bs. As., Paidós, 1997.

- O'FARRELL, CLARE, *Michel Foucault*, London-California-New Delhi, Sage Publications, 2005.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, DAVID, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española. Un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*, Madrid, Dykinson, 2009.
- OSZLAK OSCAR, *La formación del estado argentino*, Bs. As., Editorial Planeta, 1997.
- OTERO, ALEJANDRO, "El Federalismo Fiscal Argentino y sus fatigas. Una mirada desde la Administración Tributaria", en *Revista Entre líneas de la política económica*, n° 10, CIEPyC-UNLP, 2008.
- OTERO, ALEJANDRO, "Razones y orientaciones de una reforma deseable en la Argentina actual", en *Revista del III Congreso de AEDA*, 2011.
- OXFAM, G. B, "¿Ha llegado la hora de un Impuesto Tobin?", en *Tercer mundo Económico*, n° 126/127, 1999.
- PALACIO, LINO ENRIQUE, "Forum Shopping por aplicación de uno de los sistemas de asignación de causas?", en *LL*, 2005-A, 195.
- PALM, PAULO R., *A abertura do Rio Amazonas a navegacao internacional e o parlamento brasileiro*, Brasilia, Fundacion Alexandre de Gusmao, 2009.
- PERÓN, JUAN D., *Doctrina Peronista. Filosofía política y Social*, Bs. As., Fidelius, 1947.
- PERRINO, PABLO E., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", en *Revista de Derecho Público*, 2003-I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003.
- PETERSON, HAROLD, *La Argentina y los Estados Unidos (1810-1914)*, Bs. As., Hyspamerica, 1985.
- PLATÓN, *Protágoras*, Bs. As., Losada, 2006.
- POLANYI, KARL, *La Gran Transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, Madrid, Ediciones La Piqueta, 1989.
- POPPER, KARL R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Madrid, Paidós, 1992. PROTÁGORAS y GORGAS, *Fragmentos y testimonios*, Bs. As., Hyspamérica, 1980, p. 51.
- RAMELLA, PABLO, *Derecho Constitucional*, Bs. As., Ed. Depalma, 1986.
- RIZZO ROMANO, ALFREDO H., *Derecho Internacional Público*, 3ª ed. ampliada y actualizada, Bs. As., Editorial Plus Ultra, 1994.
- ROJAS, JORGE A. y MORENO, ROMINA S., "La democratización de la justicia y la potestad cautelar", en *ED*, n° 13.298, año LI, ED 253.
- ROSA, JOSÉ MARÍA, "Las relaciones con Gran Bretaña", en Cisneros, Andrés y Escude, Carlos (dirs.), *Historia general de las relaciones exteriores de la República Argentina*, Bs. As., Grupo Editor Latinoamericano, 2000 [en línea], http://www.cema.edu.ar/ceieg/arg-rree/historia_indice05.htm
- ROSA, JOSÉ MARÍA, *Historia Argentina*, T. VI, Bs. As., Editorial Oriente, 1973.
- ROSEN, HARVEY, *Hacienda Pública*, 5ª edición, Madrid, Mc Graw Hill, 2002.
- ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *Du Contrat social, ou Principes du droit politique*, París, Librairie des Bibliophiles, 1889, Libro III, Cap. XV.

- SABA, ROBERTO, “Las decisiones constitucionales de Ulises. Acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional en Argentina”, en Roberto Saba y *et al*, *Los límites de la democracia*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005.
- SALVIOLO, MARCELO, A., *Provincias y Convenios Internacionales. Una propuesta desde el federalismo de concertación*, con prólogo del Embajador Eduardo Iglesias, Bs. As., ISEN, Editorial Nuevo Hacer (GEL), 2005.
- SAMPAY, ARTURO E., “La Evolución Constitucional Argentina”, en *Las Constituciones de la Argentina*, Bs. As., EUDEBA, 1975.
- SCHOLZ, RUPERT, “Alemania: cincuenta años de Corte Constitucional Federal” [en línea], <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/deconstla/cont/2002/pr/pr5.pdf>, consultado el 07/08/2013.
- SCHUCK, PETER, “El poder judicial en una democracia”, en *Los límites de la democracia*, Roberto Saba y *et al*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005.
- SESÍN, DOMINGO, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial*, Bs. As., Depalma, 2004.
- SÓFOCLES, *Antígona*, 10ª ed., Bs. As., Eudeba, 1987.
- STIGLITZ, JOSEPH, *La Economía del Sector Público*, 2ª edición, Barcelona, Antoni Bosch editor, 1988.
- TATE. C. NEAL y VALLINDER, TORBJÖRN, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995.
- TERRÉN, MARÍA D., *La libre navegación de los ríos*, Montevideo, 1953.
- THERBORN, GORAN, sobre “La ideología del poder y el poder de las ideologías”, en Rajland, Beatriz y Campione, Daniel, *Estado, Política e Ideología*, Bs. As., Editorial Letra Buena, 1992.
- TODOROV, TZVETAN, *La conquista de América. El problema del otro*, 2ª ed., Bs. As., Siglo Veintiuno Editores, 2003.
- URQUIDI, JOSÉ M., *Nuevo Compendio de la Historia de Bolivia*, en LLC, Chesterton, Estados Unidos, Bibliobazaar, 2008.
- VARGAS GARCÍA, EUGENIO, ¿Imperio informal? La política británica hacia América Latina en el siglo XIX, en *Foro Internacional*, n° 2, año/vol. XLVI, Distrito Federal, México, El colegio de México, abril-junio, 2006.
- VÁZQUEZ, FEDERICO, “La Era del Deshielo” [en línea], www.portales.educacion.gov.ar/spu/files/2012/.../Bicentenario-Abril-2012.pdf
- VERBITSKY, HORACIO, “Los abogados de la represión al neoliberalismo”, en *Cuentas pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura*, Bs. As., Editorial Siglo XXI, 2013, pp. 416/418 y 422 y ss.
- VON WRIGHT, GEORGE H., “Ser y deber ser”, en Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés y Jyrki Uusitalo (comps.), *La normatividad del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 97.
- WEBSTER, C. K. (comp.), *Gran Bretaña y la Independencia de la América Latina. 1812-1830. Documentos escogidos de los archivos del Foreign Office*, T. II, Bs. As., Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1944.
- WILLIAMSON, JOHN, “Un impuesto sobre las transacciones cambiarias como instrumento de lucha contra la pobreza”, en *Revista de Cepal*, n° 89, 2006.
- ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2010.

Índice Temático

A

- ACCESO A LA JUSTICIA** P. 169, 170, 176
tutela judicial efectiva P. 170, 176
- ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** P. 72,
 73, 74, 85, 96, 168

C

- CONSTITUCIÓN NACIONAL** P. 4, 13,
 14, 15, 26, 27, 31, 35, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 52, 53, 57, 58,
 59, 63, 79, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 111, 112, 114, 115,
 116, 117, 118, 144, 163, 179, 182, 183, 188, 189, 190, 191, 231,
 232, 234, 236, 237, 239, 243, 246
- constitucionalismo** P. 38, 40, 41, 56,
 62, 65, 66, 67, 168, 230
- reforma constitucional** P. 4, 33, 61, 66,
 68, 96, 98, 158, 228, 231, 250, 257
- COMERCIO EXTERIOR** P. 123, 125,
 133, 149, 217, 226, 227, 241, 285
- acuerdos comerciales** P. 124, 126, 128
- libertad de comercio** P. 125
- CONGRESO DE LA NACIÓN** P. 30, 70,
 75, 94, 95, 182, 191, 218, 232, 233, 234, 235, 252
- CONSEJO DE LA MAGISTRATURA** P. 33,
 34, 65, 68, 72, 78, 122, 153, 171
- elección popular de los Consejeros**
 P. 61, 78
- integración del Consejo de la Magis-
 tratura** P. 67, 68, 72, 171
- CONSENSO DE WASHINGTON** P. 167,
 195, 206, 249
- reforma del Estado** P. 153, 167
- CONTROL DE CONSTITUCIONALI-
 DAD** P. 74, 94, 106, 108, 109, 112, 113, 114,
 115, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 166

**control de constitucionalidad concen-
 trado y difuso** P. 89, 90, 105, 120

declaración de inconstitucionalidad P. 91,
 92, 100, 101, 104, 109, 110, 234

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
 NACIÓN** P. 33, 43, 44, 47, 55, 63,
 73, 75, 95, 96, 98, 100, 101, 103, 109, 110, 116, 121, 162, 163,
 174, 178, 180, 188, 230, 234, 257, 259, 274

CRÉDITO PÚBLICO P. 232, 233, 236

D

- DEFENSA PÚBLICA** P. 169, 170
- DEMOCRACIA** P. 32, 41, 50, 51, 58,
 62, 72, 161, 164, 166, 170, 207, 250, 268, 289
- democracia constitucional** P. 50, 51
- democracia delegativa** P. 51, 58
- DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA**
 P. 29, 33, 65, 69, 70, 72, 73, 75, 77, 81, 86, 188, 288
- DERECHO ADMINISTRATIVO** P. 63, 64,
 285
- actividad administrativa discrecional**
 P. 63, 64
- DERECHO A LA AUTODETERMINA-
 CIÓN** P. 250
- DERECHO COMPARADO** P. 89, 120
- Tribunal Constitucional** P. 90, 93, 103, 286
- DERECHO CONSTITUCIONAL** P. 38,
 40, 41, 44, 46, 47, 58, 64, 85, 91, 228, 231
- DERECHO INTERNACIONAL PÚBLI-
 CO** P. 38, 41, 42, 85, 145, 227, 228, 229, 233, 235,
 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 244, 246, 281, 283, 288
- Convención de Viena sobre el Derecho
 de los Tratados** P. 238, 239, 240, 245, 246, 283
- principios del derecho internacional**
 P. 228, 250, 254

responsabilidad internacional P. 228,
234, 237, 240, 241, 242, 243, 244, 245

tratados internacionales P. 15, 62, 92,
97, 102, 105, 106, 109, 115, 228, 229, 231, 232, 233, 234, 235,
236, 237, 238, 282

DERECHO PÚBLICO P. 32, 65, 156, 157,
230, 231, 232, 241, 242, 244, 269, 270, 287, 288

derecho público interno P. 230, 241, 244

DERECHOS HUMANOS P. 3, 4, 6, 13,
15, 19, 23, 26, 27, 38, 41, 42, 46, 47, 48, 49, 52, 69, 85, 89, 91,
98, 101, 102, 109, 110, 119, 120, 155, 156, 162, 175, 176, 177,
184, 242, 243, 244, 245, 247, 257, 258, 259, 260, 270, 272,
274, 275, 276, 277, 278, 281

Carta Africana sobre los Derechos Hu-
manos y de los Pueblos P. 156

control de convencionalidad P. 258, 259

Convención Americana sobre Derechos
Humanos P. 156, 243, 244, 257, 258, 259

Convenio Europeo para la Protección
de los Derechos Humanos y de las Li-
bertades Fundamentales P. 156

Corte Interamericana de Derechos Hu-
manos P. 257, 258, 259, 270, 272, 274

Declaración Americana de los Dere-
chos y Deberes del Hombre P. 155

Declaración Universal de Derechos Hu-
manos P. 155, 162

Pacto Internacional de Derechos Eco-
nómicos P. 162

Pacto Internacional de los Derechos Ci-
viles y Políticos P. 155

Derecho Internacional de los Derechos
Humanos P. 38, 41, 42, 47, 85, 155, 175

DERECHO TRIBUTARIO P. 193, 194,
198, 199, 200, 201, 207, 215, 216, 286, 287

evasión de los impuestos P. 214

impuestos P. 92, 110, 166, 194, 195, 196,
200, 201, 209, 215, 216, 217, 225, 226, 281, 284, 286

Impuesto a las Ganancias P. 217, 220, 224
recaudación tributaria P. 199, 202, 203,
207, 211, 217

DICTADURA MILITAR P. 194
Junta Militar argentina P. 248

DISCRIMINACIÓN P. 4, 12, 19, 27, 128, 274

Convención sobre la Eliminación de to-
das las Formas de Discriminación con-
tra la Mujer P. 4, 14

E

ENTES DESCENTRALIZADOS P. 177,
178, 184

ESTADO NACIONAL P. 99, 119, 177,
178, 180, 181, 184, 212, 241, 243, 244, 252, 259

ESTADO SOCIAL P. 62, 160, 161, 162,
163, 169, 170, 175, 176, 202

G

GUERRA DE MALVINAS P. 248, 253
combatientes de la guerra P. 248, 252
desmalvinización P. 247, 248, 249, 252, 282
regionalización del conflicto P. 247, 253,
254, 282

soberanía sobre las Islas Malvinas P. 247,
248, 251, 253

H

HIDROCARBUROS P. 250, 252
explotación de hidrocarburos P. 252

I

IGUALDAD P. 4, 5, 6, 8, 13, 14, 15, 18, 29,
38, 41, 56, 62, 66, 81, 110, 136, 148, 155, 214, 216, 287
igualdad de trato y de oportunidades
P. 6, 13, 15, 18, 81, 287

INTEGRACIÓN REGIONAL P. 42
ALBA P. 253
MERCOSUR P. 253
UNASUR P. 194, 253

INTERÉS PÚBLICO P. 186, 189

J

JUICIO POR JURADOS P. 30, 31, 32, 67, 72

JUSTICIA SOCIAL P. 162, 163, 168, 169, 175, 176

L

LIBERTAD P. 8, 18, 31, 38, 41, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 63, 76, 81, 125, 148, 162, 172, 212, 276, 277

libertad constitucional P. 54, 55

M

MEDIDAS CAUTELARES P. 33, 178, 179, 180, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 191, 281, 287

medidas cautelares contra el Estado P. 177

medidas interinas P. 185, 187

peligro en la demora P. 178

verosimilitud del derecho P. 185

vigencia temporal P. 187, 188, 189, 191

MINISTERIO PÚBLICO P. 91, 101, 118, 171

N

NAVEGACIÓN INTERNACIONAL P. 140

libre navegación P. 129, 133, 138,

139, 140, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 284, 289

O

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS P. 14, 251, 253

Asamblea General P. 4, 14, 228, 240, 251, 283

Comisión de Derecho Internacional P. 228, 238, 239, 240

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS P. 162, 228, 253, 260

ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES P. 170

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO P. 162

P

PODER EJECUTIVO NACIONAL P. 74, 97, 180, 182, 186, 190

PODER JUDICIAL P. 29, 31, 32, 33, 34, 43, 67, 69, 71, 72, 73, 74, 81, 83, 84, 86, 93, 94, 100, 107, 111, 120, 153, 154, 155, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 166, 167, 169, 171, 173, 174, 175, 176, 182, 185, 188, 258

carrera judicial P. 171, 173, 174

independencia judicial P. 164

servicio de justicia P. 155, 156, 157, 167, 175

POLÍTICA ECONÓMICA P. 201, 205, 207, 209, 212, 216, 288

gasto público P. 167, 196, 206, 208, 211, 213, 214, 216

subsidios P. 211

POLÍTICA TRIBUTARIA P. 194, 196, 197, 204, 206, 211, 213, 214, 217, 218, 285, 286

POLÍTICA JUDICIAL P. 153, 154, 163, 164, 166, 169, 174, 175, 176

POLÍTICAS PÚBLICAS P. 26, 165, 181, 182, 183, 186, 190, 193, 196, 273, 283

R

RECURSO EXTRAORDINARIO P. 178

efecto suspensivo P. 189

RELACIONES DIPLOMÁTICAS P. 123,

194, 227, 232, 249, 283, 285

política exterior P. 123, 127, 128, 134,

139, 227, 232, 236, 250, 284, 285

S

SERVICIO PÚBLICO P. 55, 187

SISTEMA DE GOBIERNO P. 29, 34, 40

estado federal P. 107, 108, 109, 144, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 244, 245, 246

sistema republicano

P. 29

SOBERANÍA

P. 31, 32, 33, 34, 40, 46,

52, 53, 143, 146, 147, 151, 160, 182, 229, 247, 248, 249, 250,
251, 252, 253, 254, 255, 260, 264, 265, 266, 267, 268, 269,
275, 284, 285

soberanía del Estado

P. 53, 160, 269

soberanía popular

P. 31, 32, 33, 34, 260, 285

V

VIOLENCIA

P. 7, 12, 16, 23, 71, 73, 74,

75, 158, 159, 163, 169, 173, 175, 176, 262, 263, 287

violencia de género

P. 12, 16

violencia simbólica legítima

P. 71, 73, 74, 75

violencia social

P. 158, 163, 176

Este libro con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en octubre de 2013.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar