

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL OESTE

La *Revista Jurídica* de la Universidad Nacional del Oeste es una publicación del Instituto de Educación, Justicia y Trabajo de acceso abierto y gratuito, editada en los meses de junio y diciembre por EDUNO, editorial de esta casa de altos estudios.

En versión electrónica e impresa, luego de la evaluación por pares bajo el sistema de doble ciego, se publican artículos de doctrina, ensayos, documentos de interés, comentarios de jurisprudencia y entrevistas. Cada número, disponible también en braille, se encuentra en la Biblioteca de la Universidad Nacional del Oeste.

Declarada de interés legislativo por el Honorable Senado (Exp. F 519/23-24) y por la Honorable Cámara de Diputados (Exp. D 3821/23-24) de la provincia de Buenos Aires, y de interés municipal por el Honorable Concejo Deliberante de Merlo (Ordenanza nro. 6128/23).

ISSN: 3008-8062

AÑO 3 - NÚMERO 4

JUNIO 2025

Revista digital

www.revistajuridica.uno.edu.ar

Correo electrónico

revistajuridica@uno.edu.ar

Registro DNDA en trámite



EDUNO

Editorial de la Universidad Nacional del Oeste

INSTITUTO DE EDUCACIÓN, JUSTICIA Y TRABAJO

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL OESTE

Belgrano 369, San Antonio de Padua (1718) Merlo,
provincia de Buenos Aires, República Argentina.

Tel.: (0220) 483 4150

Sean eternos los laureles
que supimos conseguir:
coronados de gloria vivamos
o juremos con gloria morir.



EQUIPO DE LA REVISTA JURÍDICA

DIRECCIÓN GENERAL

Pablo Perel - Lucía Colombo

ASESOR EDITORIAL

Martín Nahuel Lara

CONSEJO ACADÉMICO

Gustavo Soos

Vicerrector de la Universidad Nacional del Oeste, Argentina

Tania García Sedano

Doctora con mención cum laude por la Universidad Carlos III, España

Néstor Pablo Barral

Presidente de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Argentina

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa

Doctora en Ciencias Jurídico - Económicas por la Universidad de Coimbra, Portugal

Ricardo Ángel Basilico

Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad de Sevilla, España

Marcela Ruiz

Presidenta de la Federación Argentina de la Magistratura y Función Judicial

Ana María D'Ávila Lopes

Posdoctorada en Derechos Humanos por la Universidad de Auckland, Nueva Zelanda

Javier Agustín Mariani

Juez de Cámara de Apelaciones y Garantías en lo penal de San Martín, Argentina

Lara Esteve Mallent

Vocal del Consejo Rector de la Escuela Judicial, España

Bruce Barnaby Rubio

Magíster en Políticas Públicas por la Hertie School of Governance, Alemania

Patricia Toscano

Jueza de Cámara de Apelaciones y Garantías en lo penal de San Martín, Argentina

Fernanda Frizzo Bragato

Doctora en Derecho por la Universidad de Vale do Rio dos Sinos, Brasil

José Julián Tole Martínez

*Director del Observatorio Latinoamericano de Derechos Humanos
y Empresas de la Universidad Externado, Colombia*

Valeria Reyes

*Máster suma cum laude en Justicia Transicional, Derechos Humanos y Estado
de Derecho por la Geneva Academy of International Humanitarian Law, Suiza*

Marcus Alan de Melo Gomes

Presidente de la Asociación Internacional de Criminología de Lengua Portuguesa, Brasil

Nelson Gomes

Doctor en Psicología por la Universidad Federal da Paraíba, Brasil

Marcos Andrade Moreno

Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, España

Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa

*Coordinador del Programa Latinoamericano en Derechos Humanos
de la Universidad Federal de Pará, Brasil*

Mónica González Otero

Magíster en Feminismos Jurídicos por la Universidad Autónoma de Barcelona, España

Gabriel Montes Rojas

Doctor en Economía por la University of Illinois at Urbana-Champaign, Estados Unidos

João Roriz

Investigador posdoctoral de la Universidad de Brasilia, Brasil

CORRECCIÓN GENERAL Y SUPERVISIÓN EDITORIAL

Rut Beresovsky

CORRECCIÓN JURÍDICA

María Eugenia López

ASESOR DE REDACCIÓN

Sergio Hortal

DISEÑO DE TAPA

Javier Abian - Julio Arca

DISEÑO EDITORIAL Y MAQUETACIÓN WEB

Anabella Mattio - Nicolás Palacios

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Palabras preliminares.....	11
<i>Por Pablo Perel y Lucía Colombo</i>	
Prólogo.....	15
<i>Por Gustavo Soos</i>	
El papa Francisco y su posicionamiento en favor de la educación universitaria pública.....	17
<i>Por equipo editorial</i>	

DOCTRINA

Apostillas sobre la jurisprudencia que limita la legitimación de los sujetos estatales para impugnar la constitucionalidad de las normas.....	23
<i>Por Daniel Fernando Soria</i>	
Reglas procesales y tutela de los derechos humanos en la experiencia de la Corte Suprema Argentina.....	37
<i>Por Jorge Alejandro Amaya</i>	
Enfoque sobre la Constitución del Estado.....	63
<i>Por Raúl Gustavo Ferreyra</i>	
La Corte Penal Internacional y algunos desafíos probatorios.....	89
<i>Por Magali Bobbio</i>	
Seis principios intangibles de las leyes de juicio por jurados.....	105
<i>Por Silvina Manes</i>	
Recursos naturales: el dominio originario de los Estados provinciales.....	115
<i>Por Lucas Agustín Papini</i>	
Impacto de las nuevas tecnologías en la administración de justicia.....	127
<i>Por Gabriel Chiban</i>	
Envejecer con derechos. Desafíos y estrategias de inclusión para la región.....	139
<i>Por María Isolina Dabove</i>	
Renta básica universal en la Constitución de La Rioja.....	149
<i>Por Carina Tello y Jorge Ricardo Herrera</i>	
El impacto de la distribución de recursos en los municipios bonaerenses.....	159
<i>Por Daniel Dardo Lorea y Matías Mario Masini</i>	
Mesas interinstitucionales en los planes de seguridad local de la provincia de Buenos Aires.....	171
<i>Por María Clara Zunino</i>	

El principio de imparcialidad y el tiempo de los jueces para valorar, razonar y argumentar.....	181
<i>Por Luis Ernesto Kamada</i>	
Intervención y aplicación de la criminología en cuestiones de género.....	195
<i>Por Walter Antonio Varela y José Cerbo</i>	
La prisión perpetua en Argentina: un comentario al fallo “Guerra”	205
<i>Por Ángel Nicolás Nigro</i>	
El Estado municipal en el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes.....	217
<i>Por Romina Ruth Minetti</i>	

DERECHO COMPARADO

El futuro de la regulación sobre empresas y derechos humanos: perspectivas desde América Latina.....	231
<i>Por José Julián Tole Martínez</i>	

ENTREVISTAS

Por Pablo Perel y Lucía Colombo

“Internalizar los valores de la dignidad humana para sostener el estado de derecho”	243
<i>Dr. Diego Moreno Rodríguez Alcalá</i>	
“Urge encontrar fórmulas compatibles con el marco constitucional que ofrezcan soluciones respetuosas de los derechos de todos los involucrados en el proceso penal”	249
<i>Dra. Mary Beloff</i>	

PUBLICACIONES DE INTERÉS

La transformación social a partir de la actividad académica.....	263
<i>Por Benedito Gonçalves</i>	
Las decisiones del Poder Judicial como medio para consolidar la democracia.....	269
<i>Por Daniel Oscar Posse</i>	
Los géneros en las prisiones bonaerenses. ¿Mucha tela que cortar?.....	277
<i>Por Karina Paola Dib</i>	
Hacia las autonomías municipales.....	287
<i>Por María Fernanda Vázquez</i>	
Igualdad real de oportunidades y la Universidad Pública argentina.....	295
<i>Por Gonzalo Salerno</i>	
Educación y justicia como compromiso constitucional.....	303
<i>Por Guillermina Belén Di Luca</i>	

PRESENTACIÓN

PALABRAS PRELIMINARES

Por Pablo Perel¹ y Lucía Colombo²

Directores de la Revista Jurídica
de la Universidad Nacional del Oeste, Argentina

En esta nueva entrega de la *Revista Jurídica* de la Universidad Nacional del Oeste nos convoca una temática tan fundacional como vigente: el federalismo.

Este modelo estructural refleja el equilibrio entre la unidad nacional y las diversidades regionales, entre el poder central y las autonomías locales. Más que un simple esquema organizativo, constituye una visión histórica en la construcción política del país. Un proceso atravesado por consensos, pero también por disputas y tensiones que han moldeado nuestro entramado institucional a lo largo del tiempo.

Su análisis requiere una mirada integral que contemple no solo la dogmática constitucional, sino también su proyección concreta en los planos legislativo, judicial y administrativo.

Bajo este eje articulador, presentamos el cuarto número de la *Revista Jurídica*, con aportes de académicos y académicas de diversas provincias argentinas, en un verdadero ejercicio de reflexión plural. Confluyen aquí trabajos que abordan, desde distintas perspectivas, cuestiones como el reparto de competencias, los sistemas de coparticipa-

¹ Abogado, con diploma de honor (Universidad de Buenos Aires). Doctorando (Universidad de Valencia y UBA). Realizó estudios doctorales en la Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Francia. Obtuvo un master de la Università degli Studi di Genova, Italia, y de la Universidad Pablo de Olavide, España. Dirigió la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires y actualmente es subsecretario de la Suprema Corte. Es investigador y profesor en universidades nacionales y extranjeras, formador de formadores por la Escuela Nacional la Magistratura de Brasil (ENFAM) y replicador por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) en temas de género. Integró delegaciones ante Naciones Unidas y fue consejero consultivo de la Asociación de Mujeres Juezas de España (AMJE). Fue becario de la Agencia Sueca de Cooperación. Fue director de proyectos DECYT y becario UBACyt. En su labor profesional cumplió funciones como secretario de la Fiscalía General de la Procuración General de la Nación, prosecretario letrado del Consejo de la Magistratura nacional, coordinador de convenios del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y como secretario de publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA).

² Abogada (Universidad Nacional de La Plata). Magíster en Derecho Penal (Universidad de Sevilla, España), y en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia, Italia). Diplomada internacional en Derecho Penal (Universidad Nacional del Oeste), y en Escritura y Argumentación Jurídica (Escuela de Abogacía, Asesoría General de Gobierno de la provincia de Buenos Aires). Profesora en Derecho Político, cátedra del Dr. Gustavo Soos; y en Derecho Constitucional (UNO). Coordinadora de la Diplomatura Superior en Derechos Humanos y Control de Constitucionalidad y Convencionalidad (UNO, en conjunto con la Universidad de Bolonia); de la Diplomatura Internacional en Derecho Constitucional y Magistratura (UNO); de la Diplomatura en Teoría del Delito y Ciencias Criminológicas (UNO); y de la Diplomatura Superior en desafíos actuales para los derechos humanos en Latinoamérica (UNO y Consorcio Latinoamericano de Derechos Humanos). Codirectora del Proyecto I+D "Acceso a la Justicia" (UNO). Representante por la UNO ante el Consorcio Latinoamericano de Derechos Humanos. Asesora en el Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Secretaria relatora de la Comisión de Legislación General en la Honorable Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires.

ción fiscal, el rol de las provincias en el diseño de políticas públicas, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia federal y los nuevos desafíos que enfrentan los Estados federales.

En virtud de la relevancia de la temática abordada, tenemos el agrado de que sea el Dr. Gustavo Soos quien, con su notable trayectoria en el ámbito jurídico y académico, tenga a su cargo la presentación general de los contenidos de esta edición.

Pero, antes de ello, consideramos oportuno resaltar algunas de las actividades formativas llevadas a cabo por nuestra universidad en el marco del segundo año de implementación de la carrera de Abogacía. Este año se inscribieron mil estudiantes, consolidando el proceso de puesta en marcha de la propuesta académica. Cabe destacar que, en el año de su lanzamiento, se inscribieron casi tres mil alumnos, lo que evidenció la necesidad que existía de ampliar la oferta en el ámbito del derecho en la región.

Por su parte, la Tecnicatura Universitaria en Investigación Criminal, que inició también en 2024, ha generado un notable interés entre los estudiantes, registrando 650 inscripciones en su segundo año de implementación. Este elevado número refleja el atractivo de una formación con fuerte orientación práctica y alineada con la creciente demanda de profesionales capacitados en criminalística e investigación forense. La carrera brinda herramientas técnicas y metodológicas para el estudio de la escena del crimen, la recolección de evidencia, la elaboración de informes periciales y el análisis de las telecomunicaciones, consolidándose como una oferta estratégica frente a los desafíos actuales en materia de seguridad y justicia. Cabe destacar el reconocimiento a la labor de los profesores Javier Mariani, Jonatan Lay, Diego Soos, Mariela Paladino y Maximiliano Gómez, cuyo compromiso y profesionalismo han sido fundamentales para su desarrollo y consolidación.

Entre las iniciativas de posgrado más relevantes, se destacan diversas diplomaturas que brindan formación especializada en áreas claves de las ciencias jurídicas, políticas y sociales. En abril, más de 120 colegas recibieron sus títulos tras culminar la Diplomatura Superior en Derechos Humanos y Control de Constitucionalidad y Convencionalidad, una propuesta académica desarrollada por nuestra universidad en colaboración con el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia, *Alma Mater Studiorum* (UNIBO).

En julio de este año iniciaremos una nueva diplomatura, también con la cooperación de dicha universidad europea, titulada Constitución y Derecho. Ambas iniciativas tienen la particularidad de que el título obtenido convalida el cincuenta por ciento de la Especialización en Justicia Constitucional y Derechos Humanos de UNIBO. Además, quienes hayan egresado de la diplomatura dictada el cuatrimestre pasado y aprueben esta nueva instancia durante el presente año podrán acceder directamente al título de Especialista. Este proyecto nos llena de orgullo. Por ello, extendemos un agradecimiento especial a

sus directores, los profesores Jorge Alejandro Amaya y Luca Mezzetti, por su compromiso y dedicación incansable.

A la vez, se llevó a cabo la Diplomatura Superior en Desafíos Actuales para los Derechos Humanos en Latinoamérica, desarrollada por el Instituto de la Cultura Popular y Pensamiento Nacional (UNO) a cargo de la Lic. Gabriela A. Tozzi y el Consorcio Latinoamericano de Derechos Humanos, que nuclea en la actualidad a diecisiete universidades de siete países de América Latina. En esta iniciativa participaron profesores de la mayoría de las instituciones integrantes, quienes ofrecieron un amplio panorama comparativo sobre varias temáticas vinculadas a los derechos humanos en la región.

Este valioso proyecto, que contó en la apertura con la destacada participación del ministro del Tribunal Superior de Justicia de Brasil, Dr. Benedito Gonçalves, tendrá como cierre la publicación de un libro colectivo, que busca consolidar y proyectar el conocimiento generado hacia un público más amplio. Merecen un reconocimiento especial sus directores, los profesores Ricardo A. Basilico (Universidad Nacional del Oeste), Felipe Paredes (Universidad Austral de Chile) y Paulo Weyl (Universidad Federal de Pará), cuyo liderazgo y dedicación fueron fundamentales para el desarrollo y la calidad de esta propuesta.

Con una mirada regional, la Universidad Nacional del Oeste inició un vínculo de cooperación con la Universidad Federal de Integración Latinoamericana (UNILA), casa de estudios creada en 2010, ubicada estratégicamente en la frontera trinacional entre Brasil, Argentina y Paraguay. Desde la UNILA se pretende promover el intercambio de conocimientos mediante la integración de los pueblos y un proyecto conjunto de América Latina capaz de afrontar los desafíos del siglo XXI. Esta alianza se enmarca en el compromiso compartido con una educación superior inclusiva, crítica y orientada al desarrollo soberano de la región.

Además, la *Revista* ha organizado y auspiciado presentaciones de libros y charlas académicas, eventos que no solo contribuyen al enriquecimiento del saber, sino que también promueven el intercambio de ideas y la reflexión crítica sobre temas de actualidad. Entre ellas, se destacan las presentaciones de los libros *Lecciones de Derecho Penal*, de Ricardo A. Basilico y Jorge Buompadre, e *Historia Constitucional Argentina. De la conquista a la anarquía*, de Diego Gabriel Presa.

Asimismo, tuvo lugar la jornada titulada "El derrumbe del Estado", organizada en conjunto con el Ministerio de Justicia de la provincia de Buenos Aires, la Cámara de Diputados bonaerense y el Municipio de Merlo. En ella participaron dos notables catedráticos argentinos: los doctores Eugenio Raúl Zaffaroni y Raúl Gustavo Ferreyra. La actividad, que tuvo una amplia convocatoria, constituyó un espacio de alto valor académico e institucional en el que se abordaron con profundidad problemáticas centrales del presente argentino, aportando miradas críticas y propuestas para repensar el rol del Estado en el actual escenario político y social.

Estas iniciativas son una clara manifestación del compromiso de nuestra universidad con la formación continua, la difusión del conocimiento y el fortalecimiento de los lazos entre académicos, estudiantes y la comunidad en general.

Renovamos –como en cada instancia de publicación– nuestro especial agradecimiento al rector de la Universidad Nacional del Oeste, Mg. Roberto Gallo; al vicerrector, Dr. Gustavo Soos; y al decano organizador de la Escuela de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Dr. Gustavo Menéndez. Su permanente apoyo institucional y compromiso con el desarrollo académico hacen posible el crecimiento sostenido de esta *Revista*.

Damos así paso al cuarto ejemplar, que será presentado en un Congreso Internacional de Derecho que organiza nuestra universidad. Una ocasión especial que enriquece el contexto académico en el que se inscribe esta publicación.

Esperamos que los trabajos aquí reunidos aporten significativamente al debate académico y a la comprensión de los desafíos que el federalismo enfrenta en el contexto actual.

PRÓLOGO

Por Gustavo Soos¹

Vicerrector de la Universidad Nacional del Oeste, Argentina



Como miembro del Consejo Académico de la *Revista Jurídica* de la Universidad Nacional del Oeste, resulta para mí una gran satisfacción presentar este nuevo número, dedicado a un tema de indiscutible relevancia para el pensamiento jurídico y político argentino: el federalismo como forma de organización del Estado.

Abordar la cuestión de la distribución del poder implica regresar a una de las columnas vertebrales de nuestro sistema constitucional. Al mismo tiempo, nos confronta con una deuda no saldada respecto de los ideales fundacionales que dieron origen a esta nación.

En esa línea, se propone reflexionar sobre la arquitectura institucional no como una estructura rígida de organización territorial, sino como una construcción dinámica que interpela a instituciones, prácticas políticas y, sobre todo, al sentido de comunidad nacional.

¹ Abogado (Universidad de Morón). Magíster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia, Italia) y en Derecho Penal (Universidad de Sevilla, España). Diplomado internacional en Derecho Penal (Universidad Nacional del Oeste). Vicerrector de la Universidad Nacional del Oeste (desde 2021). Profesor titular de Derecho Político (UNO). Profesor de Derecho Penal (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Consejero titular en el Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires (desde 2018). Senador electo por la provincia de Buenos Aires (desde 2017), desempeñándose como presidente de la Comisión de Legislación General y como secretario de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos. Jefe de Gabinete *ad honorem* en la Municipalidad de Merlo.

En este contexto, resulta especialmente relevante evocar las palabras de Arturo Jauretche, referente indiscutido del pensamiento argentino, quien sostiene en *Política nacional y revisionismo histórico* (1959) que la política estatal debe basarse en una idea de Patria grande, orientada a finalidades trascendentes y a una empresa colectiva dirigida hacia un ideal nacional, no hacia formas circunstanciales. Esta concepción nos invita a superar las miradas fragmentadas y coyunturales del federalismo para concebirlo, en cambio, como una herramienta transformadora al servicio de un proyecto común: inclusivo, equilibrado y profundamente democrático.

Lejos de agotarse en una lectura jurídica o administrativa, el Estado federal debe ser entendido como una herramienta para construir justicia territorial, garantizar derechos y reconocer diversas identidades.

En ese marco se convocó y es precisamente lo que se aborda en las contribuciones reunidas en estas páginas. Se podrá apreciar en este recorrido la significativa participación de colegas provenientes de diversas provincias del país, cuyas trayectorias, funciones y responsabilidades institucionales son tan variadas como enriquecedoras. Con cada trabajo se presentan reflexiones, experiencias y propuestas que, desde las distintas realidades de sus autores, contribuyen al análisis profundo de los desafíos que enfrenta nuestra organización político-jurídica.

Asimismo, tenemos el agrado de contar con la participación de abogados y abogadas de otros países de la región, a quienes deseamos reconocer especialmente por sus inestimables aportes y por haber dispuesto de su tiempo para contribuir a esta publicación, aun en el marco de las numerosas responsabilidades institucionales que asumen en sus respectivos contextos.

En representación del equipo editorial, agradezco a cada autor su dedicación y la generosidad con la que compartieron saberes y enfoques.

Invitamos al lector a sumarse a esta reflexión colectiva, convencidos de que solo a través de una mirada federal auténtica podremos avanzar hacia ese ideal de nación que trasciende lo circunstancial y se orienta, con decisión, a un propósito común.

EL PAPA FRANCISCO Y SU POSICIONAMIENTO EN FAVOR DE LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA PÚBLICA

Desde la *Revista Jurídica* de la Universidad Nacional del Oeste expresamos nuestro acompañamiento a la comunidad católica y, en general, a todo el pueblo argentino ante el fallecimiento del papa Francisco, acaecido el 21 de abril del corriente año.

Destacamos su compromiso constante con los valores de la educación, en particular, con la formación universitaria pública, entendida como un pilar fundamental para la construcción de una sociedad más justa, equitativa y solidaria. Su mensaje, centrado en la dignidad de la persona humana, en la inclusión y en el acceso al conocimiento como bien común, resuena profundamente con los principios que sostienen a nuestras universidades nacionales.

En tiempos donde la defensa de la educación pública se ha vuelto una tarea urgente y colectiva, su testimonio, como líder espiritual de relevancia, reafirmó la convicción de que el conocimiento, la reflexión crítica y el compromiso con la realidad social son caminos imprescindibles para transformar nuestras comunidades.

Equipo editorial

DIÁLOGO DEL PAPA FRANCISCO CON LOS RECTORES DE LAS UNIVERSIDADES DE AMÉRICA LATINA. SALA CLEMENTINA. JUEVES 21 DE SEPTIEMBRE DE 2023

La misión de la Universidad no es solamente aprender cosas. Ustedes tienen que formar a los chicos y a las chicas en los tres lenguajes humanos: el de la cabeza, el del corazón y el de las manos, de tal manera que aprendan a pensar lo que sienten y lo que hacen, a sentir lo que hacen y lo que piensan, y a hacer lo que sienten y lo que piensan, en la armonía de los tres lenguajes. Si ustedes solamente les forman la cabeza, no van a formar profesionales sino macrocéfalos, que no son humanos. Los tres lenguajes juntos, y en armonía de los tres.



Creo que este es un desafío de formación que trasciende cualquier desafío de erudición. Y aquí hagan bien la distinción: "Mi universidad forma, no crea eruditos". La erudición es parte de un camino de formación, pero sola te produce momias, no personas. Me gustó aquello: "Darles una cultura que uno después no olvide lo que aprendió". Esa frase –creo que dijo uno de ustedes– sintetiza todo esto que me salió de adentro. Creativos ante la realidad y los desafíos, formadores y no solo informadores.

DOCTRINA



**APOSTILLAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA QUE LIMITA
LA LEGITIMACIÓN DE LOS SUJETOS ESTATALES
PARA IMPUGNAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS**

Daniel Fernando Soria

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 14/02/2025

Aprobado: 06/03/2025

APOSTILLAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA QUE LIMITA LA LEGITIMACIÓN DE LOS SUJETOS ESTATALES PARA IMPUGNAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS

ANNOTATIONS ON THE JURISPRUDENCE THAT
LIMITS THE STANDING OF STATE ACTORS TO CHALLENGE
THE CONSTITUTIONALITY OF LAWS

Por Daniel Fernando Soria¹

Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, Argentina

Resumen: En el presente trabajo se analiza la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que, desde hace más de un siglo, excluye la posibilidad de reconocer legitimación a la autoridad estatal para controvertir la constitucionalidad de sus propias normas. Se examina la evolución de este criterio a través de diversos fallos emblemáticos, los fundamentos que la sostienen y los límites frente a la complejidad institucional actual. Finalmente, se plantea la necesidad de una revisión y regulación más detallada de la legitimación del Estado para impugnar actos y normas, especialmente en el ámbito de las acciones anulatorias y de raíz constitucional.

Palabras clave: legitimación activa del Estado, control de constitucionalidad, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, impugnación de normas estatales

Abstract: This paper analyzes the jurisprudential doctrine of the Supreme Court of Justice of the Nation, which for over a century has excluded the possibility of recognizing standing to state authorities to challenge the constitutionality of their own regulations. It examines the evolution of this doctrine through various landmark rulings, the reasoning that supports it, and its limitations in light of the current institutional complexity. Finally, it proposes the need for a review and more

¹ Juez de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Fue profesor de grado y posgrado de Derecho Administrativo, Derecho Urbanístico y Derecho Local (Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de Rosario, Universidad Austral, Universidad Católica Argentina y Universidad Católica de La Plata). Así como en cursos profundi- zados, entre otros, del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Lincoln Institute of Land Policy. Iden- tificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-1078-3534>. Correo electrónico: dsoria@scba.gov.ar.

detailed regulation of the State's standing to challenge acts and norms, especially in the context of annulment actions and those of a constitutional nature.

Keywords: active legitimacy of the State, constitutional review, jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation, challenge of state norms

I - PLANTEO

La problemática acerca de la cual habrán de formularse las breves apreciaciones que siguen surge a raíz de diferentes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyo inicio se remonta a un fallo dictado hace más de cien años.² Motivo de puntuales señalamientos (Bianchi, 2002; Sagüés, 1982; Tribiño, 1998a y 1998b), la cuestión dio lugar a la reiteración de un estándar pretoriano que pregona que la autoridad estatal carece de legitimación para controvertir la constitucionalidad de las normas emanadas del Estado al que pertenece.

Como es sabido, la legitimación comporta un presupuesto esencial para la configuración del caso, causa o controversia (art. 116 de la Constitución nacional) exigible a toda persona que acuda ante el Poder Judicial. Así, desde antiguo, se postula que la procedibilidad de la pretensión por la que se cuestiona la validez de una norma presupone en quien la articula la invocación³ de la titularidad de un interés personal en la resolución del conflicto, realizado en estos asuntos mediante la descalificación del precepto lesivo. Esta regla reconoce excepción en los supuestos en los que el ordenamiento positivo habilita a alguna persona a litigar en beneficio de otros (Imaz y Rey, 1962).

Sobre el punto, ha dicho la Corte que para que exista un caso es imprescindible que quien reclama esté legitimado; esto es, que invoque un interés suficientemente directo, concreto y personal en el resultado del litigio que promueve, diferenciado del que atañe al resto de los ciudadanos, de manera que los agravios expuestos lo afecten de forma "suficientemente directa" o "substancial".⁴

A la formulación clásica del recaudo en cuestión, la práctica jurisprudencial le ha sumado una serie de aditamentos, a saber: que se alegue la realización de un daño –además de personal, sustancial, directo y concreto–, efectivo, actual o inminente,⁵ y no meramente hipotético o conjetural, provocado por la norma o la conducta reprochada,⁶

² En realidad se puede considerar, como ha señalado Alberto Bianchi (2002), que esta doctrina judicial se ha suscitado a partir de un *obiter dicta*.

³ Véase lo expuesto por Laplacette (2016) en torno a la diferencia –y, en ocasiones, a la confusión– entre la alegación y la acreditación de la titularidad de la situación subjetiva que legitima la promoción de la acción, o más genéricamente del caso constitucional (pp. 362, 363 nota 5 y ss.).

⁴ CSJN, fallos 306:1125, 308:2147, 310:606, 326:3007, 333:1023, 342:853, 346:970, entre otros.

⁵ CSJN, fallos 344:1137, 345:1531, 347:552.

que pueda ser remediado por la sentencia, sea subsistente,⁷ y que no resulte el fruto de la conducta discrecional del quejoso,⁸ de su sometimiento voluntario y sin reservas al régimen jurídico que se procura descalificar,⁹ o de la conducta anterior contradictoria y jurídicamente deliberada;¹⁰ por lo demás, es preciso que la afectación que se denuncia no se confunda con la generada por la mera ilegalidad objetiva en que se incurre al expedir la norma o el acto ilegítimos,¹¹ entre otros. De este modo, la descripción del concepto señalado pierde cierto rigor técnico, al sumársele diferentes factores, unos complementarios y otros relativamente autónomos, cuyo agregado puede llevar a confusión al intérprete a la hora de distinguir el campo del recaudo procesal de aquel más propio al de la procedencia sustancial o prosperabilidad de la pretensión, lo cual redundará en una mayor complejidad para su comprensión.

Cuando quienes se agravian de la inconstitucionalidad de una norma son órganos o entes estatales, la determinación de dicha cualidad procesal, que es también ineludible, presenta algunas particularidades. No tantas como las inherentes a otros modelos comparados de escrutinio constitucional, en los que incluso se destinan vías específicas para la formulación de pretensiones que deduzcan determinados órganos –o una cantidad de los integrantes de órganos– del Estado.¹²

La Corte Suprema ha precisado que la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 (en su artículo 43, básicamente) no alteró la necesidad de que los tribunales de justicia comprueben –incluso de oficio– que el reclamo de base constitucional articulado tiende a proteger un círculo de derechos o intereses afectados, apto para su invocación por la autoridad estatal, pues no procede admitir una acción que procure el control de la mera legalidad objetiva de una norma legal o reglamentaria.¹³

De manera puntual, la correspondencia entre la legitimación invocada por la autoridad estatal y el núcleo de las competencias materiales que ella válidamente puede ejercer¹⁴ se erige en un factor de primer orden para calibrar el alcance de la aptitud para reclamar en juicio que válidamente puede ejercitar.

En cuanto concierne a la jurisprudencia que ha de analizarse, el soporte de su razona-

⁷ CSJN, fallos 321:92, voto del Dr. Boggiano.

⁸ CSJN, fallos 316:382, 320:1717, 324:2268, 329:1180, 341:54, 347:472.

⁹ CSJN, fallos 149:137, 170:12, 175:262, 184:361, 202:284, 205:165, 241:162, 271:183, 297:236, 300:147, 304:1180, 316:1802, 322:523, 325:1922.

¹⁰ CSJN, fallos 342:697, 345:278.

¹¹ CSJN, fallos 346:970, voto del Dr. Rosenkrantz.

¹² Tal es el ejemplo que ofrece el derecho español, cuya Constitución, en el artículo 162, confiere la calidad para deducir el recurso de inconstitucionalidad, entre otros, al presidente del gobierno, al defensor del pueblo y a un número mínimo significativo de legisladores nacionales. El artículo 162 lo fija en cincuenta diputados, cincuenta senadores (art. cit. ap. 1, inc. a). Por su lado, el inciso b de la disposición mencionada confiere la referida aptitud para interponer el recurso de amparo a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el defensor del pueblo y el Ministerio Público Fiscal.

¹³ CSJN, fallos 332:111, 333:1023, 338:1492, 339:1223, 342:853, 343:1259 y muchos más.

¹⁴ CSJN, fallos 326:663, 327:5571, 329:4542, 331:2257, 337:1447, 341:1727, 342:969, 1041.

miento tiene una solidez apreciable, mas no deja de ofrecer algún costado controversial. En especial, en ciertos supuestos en los que, puesto el tema bajo la lupa, se torna necesario reparar en determinados matices o en la introducción de precisiones adicionales.

Por lo pronto, algunos ordenamientos positivos del derecho público provincial, así como consagran la acción popular,¹⁵ abren la puerta a diversas excepciones que confieren a las autoridades estatales, sobre todo a determinados órganos de control –como, por ejemplo, el fiscal de Estado,¹⁶ el defensor del pueblo¹⁷ o la Auditoría General¹⁸–, el derecho a impugnar la validez de leyes o reglamentos.

Esa facultad es confiada a sujetos especiales que, en forma de acción o de oposición, articulan el cuestionamiento a las normas o actos infraconstitucionales en el ejercicio de sus competencias materiales.

II - EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA REFERIDA

El origen de la jurisprudencia que se analiza en estas páginas se remonta al caso “Compañía Transatlántica de Electricidad”.¹⁹

Se trataba de un conflicto que se había generado en el campo contractual. Entre otros agravios, con invocación del principio de igualdad y el derecho de trabajar y ejercer una industria lícita, el Municipio cuestionó lo que consideraba era un privilegio ilegítimo concedido a la empresa al adjudicársele la prestación de servicios eléctricos.

La Corte Suprema denegó el planteo pues consideró que la Municipalidad demandada no estaba investida de la calidad de parte afectada para enarbolar el agravio relativo a la invalidez de la exclusividad acordada al concesionario o a la lesión de derechos constitucionales que esa medida provocaba. Sin embargo, aclaró que, en todo caso, correspondería a los terceros, mas no a la autoridad local, formular una pretensión de aquel tenor.

En dicha decisión pesó tanto la consistencia del caso como la idea de que el Municipio no podía invocar una afectación en su esfera jurídica, ni la representación de los derechos o intereses de terceros por quienes pudiera reclamar, en ejercicio de una legitimación que, contemporáneamente, se calificaría como anómala o extraordinaria.²⁰

¹⁵ Por ejemplo, las constituciones de Entre Ríos (art. 61) o de Salta (art. 92).

¹⁶ Por ejemplo, las constituciones de Corrientes (art. 175) o de La Rioja (art. 189). En algunos sistemas, como el de la Constitución de Salta, el fiscal de Estado promueve la acción de inconstitucionalidad contra normas –ley, decreto, ordenanza, contrato, resolución o acto de cualquier autoridad de la provincia–, mas lo hace a requerimiento del gobernador (art. 149).

¹⁷ Por ejemplo, la Constitución de Tucumán (art. 85).

¹⁸ El estatuto organizativo de la ciudad de Buenos Aires así lo establece en sus artículos 113 y 135.

¹⁹ CSJN, “Cía. Alemana Transatlántica de Electricidad c/ Municipalidad de Morón”, 28 de septiembre de 1915, fallos 122:73. La actora estaba ligada con el Municipio demandado por un contrato, aprobado por ordenanza local, concierne al alumbrado público, con cláusula de exclusividad, que el Municipio pretendió alterar o desconocer por medio de una ordenanza ulterior.

²⁰ CSJN, fallos 330:2800, 344:575. La denominada legitimación anómala o extraordinaria es la que se atribuye a per-

En el fallo "Compañía Sansinena de Carnes Congeladas"²¹ la Corte decidió un asunto en que se juzgaba la validez de un tributo local. Luego de aclarar que se limitaba a objetar su constitucionalidad por considerar que la norma observada gravaba de manera inválida el tránsito, reiteró el criterio con arreglo al cual, para descalificar un tributo por infracción a la igualdad, era necesario que el planteo fuera introducido por parte legítima, es decir, por quien fuera perjudicado por la ordenanza.

Sostuvo así que el Municipio carecía de "personería para atacar la constitucionalidad" del gravamen que ella misma había creado, pues tampoco ejerce la representación de los contribuyentes.

Con posterioridad, en "Ferrocarril del Sud c/ Municipalidad de la Capital",²² insistió en pregonar que las garantías constitucionales únicamente son conferidas a los particulares contra el Estado, no tienen por objeto asegurar el poder de la autoridad pública para establecer impuestos; de modo tal que, cualquiera sea la crítica que mereciera una norma tributaria, ella solo podría ser tachada de inconstitucional a instancias de los contribuyentes alcanzados –afectados– por sus previsiones.

La doctrina fue adoptada en casos diferentes, algunos más polémicos.

Por ejemplo, en "Feliciani",²³ concerniente a la aplicación de una norma, la Ley 16.507,²⁴ que había sido declarada inconstitucional en relación con un banco del sector privado,²⁵ la Corte no admitió el agravio contra su validez y aplicabilidad articulado por el Banco Nación. Consideró, en sustancia, que no podía oponerse a la normativa que había sido producto de la voluntad coincidente del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo.²⁶

En las causas "Sudamericana de Intercambio",²⁷ "Municipalidad de Avellaneda",²⁸ "Pirelli Cables",²⁹ "Giffoni",³⁰ "Cieza",³¹ "Ribo",³² "Lanera Austral"³³ y "Multicanal",³⁴ la Corte reiteró el criterio establecido en los fallos anteriores.

sonas u órganos habilitados para intervenir en el proceso, como partes legítimas, no obstante ser ajenas a la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso.

²¹ CSJN, 24 de abril de 1919, fallos 132:101.

²² CSJN, 1º de junio de 1911, fallos 134:37.

²³ CSJN, "Feliciani, Virgilio c/ Banco de la Nación Argentina", 16 de noviembre de 1972, fallos 284:218. El criterio, en sustancia, fue mantenido, entre otros, en el caso "Alfredo De Martín v. Banco Hipotecario Nacional", 28 de diciembre de 1976, fallos 296:723.

²⁴ Esta norma había dispuesto la reincorporación de los agentes bancarios dejados cesantes o exonerados por causas políticas o gremiales en el período comprendido entre el 1º de enero de 1948 y el 12 de noviembre de 1964.

²⁵ CSJN, "Díaz, José Manuel y otros c/ S.A. Banco de Avellaneda", 3 de abril de 1968, fallos 270:201.

²⁶ La Corte recordó además que en relación con los bancos oficiales el Poder Ejecutivo reglamentó la ley mediante un Decreto 9630/1964.

²⁷ CSJN, fallos 312:2075.

²⁸ CSJN, "Municipalidad de Avellaneda c/ ENTel en liquidación s/ ejecución fiscal", 2 de marzo de 1999, causa M.252.XXXIV.R.O.

²⁹ CSJN, "Pirelli Cables c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones", 9 de marzo de 1999, causa P.153. XXXIV. RHE.

³⁰ CSJN, fallos 303:1039.

³¹ CSJN, fallos 307:630.

³² CSJN, fallos 311:1237.

³³ CSJN, fallos 332:1186.

³⁴ CSJN, "Multicanal SA (TF 26460-I) c/ DGI", 31 de julio de 2012, causa M. 528. XLVI. RO.

La postura estudiada se ha hecho valer en relación con el Estado nacional,³⁵ sus diversos órganos³⁶ y entes³⁷ –por ejemplo, la Administración Federal de Ingresos Públicos,³⁸ la Administración General de Puertos,³⁹ la Dirección Nacional de Aduanas⁴⁰ o el Banco Nación⁴¹–, las provincias⁴² y los municipios.⁴³

En todos los casos se ha negado a los sujetos públicos la legitimación para demandar u oponer como defensa la inconstitucionalidad de las normas que ellos mismos o las autoridades rectoras del Estado al que pertenecen han dictado.

Cabe hacer una escueta mención a la causa “San Luis, Provincia de y otra contra el Consejo Vial Federal y otra”, resuelta por la Corte el 15 de marzo de 2011.⁴⁴

En el dictamen de la Procuradora Fiscal se propició desestimar la demanda porque la provincia no estaba legitimada para plantear la invalidez de la norma que, como miembro del Consejo citado, había conformado y emitido junto con los demás componentes. De su lado, básicamente por la misma razón, pero sin entrar a examinar la legitimación de la entidad provincial requirente, la Corte rechazó la pretensión por el fondo del asunto, aplicando la “doctrina de los propios actos”. La entremezcla de aditamentos que fueron rodeando el requisito de la legitimación explica en parte el sentido de la señalada respuesta dual.

En rigor, aquellos antecedentes revelan un razonamiento que, a grandes rasgos, ofrece poco espacio para la crítica.

La viabilidad de los cuestionamientos articulados contra la validez de las normas se diluía al constatar que no se alegaba un agravio en la esfera de intereses tutelados de estos sujetos, derivada del hecho de la aplicación de la norma controvertida en el caso.

En otras situaciones, el órgano estatal que se alzaba contra la ley incurría en una dualidad incompatible con su posición institucional. Razones asociadas a la aplicación de los principios de confianza legítima e interdicción de comportamientos contrarios a los

³⁵ CSJN, “Pirelli Cables c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, 9 de marzo de 1999, causa P. 153. XXXIV.

³⁶ CSJN, fallos 319:3040, voto del juez Petracchi.

³⁷ CSJN, fallos 311:1237, 322:227.

³⁸ CSJN, “Multicanal”, *op. cit.* En esta causa se reiteró a mayor abundamiento lo ya sostenido en los antecedentes arriba citados, en el sentido de que las garantías constitucionales han sido concebidas a favor de los particulares y ante las autoridades. En el caso de la garantía de la igualdad ante la ley, ello significa que la infracción puede ser invocada por un contribuyente a quien se pretendiera gravar lo gravado de una manera más beneficiosa o menos gravosa a otro en similitud de circunstancias, pero no está destinada a asegurar la potestad impositiva del Estado en un caso concreto.

³⁹ CSJN, fallos 312:2075.

⁴⁰ CSJN, fallos 332:1186.

⁴¹ CSJN, fallos 284:218, 296:723.

⁴² CSJN, fallos 303:1039, 307:630, 334:324.

⁴³ CSJN, fallos 122:73, 132:101, 134:37.

⁴⁴ CSJN, fallos 334:324. En esta causa, la actora reclamó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 8 del Reglamento operativo para la determinación de coeficientes de coparticipación vial, aprobado por el citado órgano colegiado, al tiempo que planteó también la nulidad de diversas actas emanadas de esta autoridad. La acción fue promovida, entre otros rubros, por diferencias en el cómputo de las obras viales realizadas en jurisdicción provincial y con recursos locales a los fines de la distribución de recursos.

propios actos jurídicamente relevantes y a la salvaguarda de derechos adquiridos también proporcionaban sustento –o hubieran podido suministrarlo– a la posición jurisprudencial limitativa.

III - MATICES QUE COMPLEMENTAN EL CRITERIO SOSTENIDO POR LA CORTE SUPREMA

Puede afirmarse, entonces, que la crítica a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema, más que en el contenido intrínseco de la directriz que proclama, está centrada en el alcance absoluto con el que fue acuñada y es mantenida en determinados casos. En cierto modo, la idea que la alimenta parece corresponderse con un esquema que implica una gran simplificación del fenómeno estatal (Sagüés, 1982).⁴⁵ De allí se sigue que, dictada la norma o puesta en ejecución, los órganos del Estado se verían impedidos de postular su escrutinio constitucional. El razonamiento no se adecua enteramente a las características actuales del Estado.

El fenómeno estatal ya no es reconducible a una rígida e inmodificable estructuración formal, orgánica ni funcional. Su aspecto organizacional, poliédrico, en cierto modo transaccional, se construye y reestructura al compás de la experiencia y de las transformaciones políticas, económicas, tecnológicas y sociales. Concretados en las últimas décadas, buena parte de los cambios han profundizado la complejidad del diseño de las agencias gubernativas y redefinido sus quehaceres, tan cambiantes como heterogéneos. Integrada por una serie de agencias e instituciones consagradas en diferentes épocas, la estructura de nuestro Estado es, además, fruto de un acuerdo y una composición multinivel y pluriagencial. Coexisten diversos órganos y entes, varios de raíz constitucional, que funcionan como autoridades relativamente independientes y tienen competencias específicas.

Desde luego, el análisis ponderado del funcionamiento del aparato estatal parte del reconocimiento de las distintas esferas o círculos de atribuciones de los respectivos órganos, así como su variado margen de maniobra. No es lo mismo un poder independiente protagonista de la tripartición gubernativa básica, que una entidad descentralizada, una sociedad estatal o un órgano burocrático subordinado dentro de una estructura piramidal.

El secretario de Estado de un ministerio nacional, por ejemplo, difícilmente pueda alzarse en sede judicial contra el obrar del superior jerárquico, impugnando la constitucionalidad de un decreto del poder ejecutivo. Al menos eso no resultaría sencillo de justificar en situaciones normales. En cambio, la situación de otra clase de órganos –por ejemplo,

⁴⁵ Este autor expone una objeción similar a la que ahora expresamos.

reguladores o de control— es diferente. En general, estos sujetos públicos están dotados de una singular idoneidad técnico-profesional o cumplen una función de control. Todos ellos tributan a la lógica de las relaciones funcionales colaborativas o de contralor referidas al obrar los distintos poderes y organismos del Estado. De ahí que en ocasiones se los denomine “autoridades independientes”. Las atribuciones que muchos de ellos poseen se complementan con la facultad de impugnar judicialmente normas o actos administrativos.⁴⁶

En ciertas circunstancias, el reconocimiento de la aptitud para controvertir determinadas normas opera como un instrumento o arbitrio defensivo frente al avasallamiento a las competencias o intereses propios de un órgano, garantizados por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, los sujetos estatales pueden realizar actividades en competencia con los privados —bancos públicos, empresas de transporte aéreo, etcétera— y en tal condición, pese a su origen, deberían contar con un margen reaccional equivalente en algún grado al de aquellas personas. En ese trance, la doctrina judicial mencionada aquí puede llegar a mostrarse inadecuada.

Situaciones de otra índole pueden completar el presente cuadro de análisis. A modo de ejemplo, no parecería extravagante que se suscitasen diferencias y conflictos entre el sector gubernativo que orienta las políticas educativas y alguna universidad nacional, o incluso entre esta y una facultad o unidad académica, a raíz del dictado de una norma que se considerase lesiva del autogobierno universitario o de otras prerrogativas fundadas en la cláusula que consagra la Constitución (art. 75 inc. 19).

En ese escenario, el diferendo bien podría ser presentado por alguna de las partes ante los tribunales. A la universidad o a la facultad les asistiría el derecho a accionar judicialmente y controvertir la validez de las reglas que han tachado de cercenadoras de su autonomía o de algún otro atributo universitario. ¿Por qué razón habría que impedirlo estando en juego la efectividad de una garantía institucional de primer orden prevista en la Constitución?

Casos recientes han tenido trámite no observado en situaciones análogas a la descrita.⁴⁷

⁴⁶ El otorgamiento de legitimación a estos órganos independientes o dotados de una autonomía más destacada que el promedio de estructuras estatales se relaciona no solo con la autopreservación frente a decisiones de otros órganos que afecten o invadan las zonas de intereses de prerrogativas y competencias propias, sino también con la tutela de sectores de la sociedad —por ejemplo, de usuarios o consumidores—. La salvaguarda y, a la par, la realización de esas competencias materiales podrían incluso requerir de actuaciones orientadas a la tutela judicial frente al obrar de otras agencias también pertenecientes al Estado lato sensu para su despliegue a cabalidad.

⁴⁷ Por ejemplo, los casos publicados en los fallos 337:1423 y 346:970 de la Corte.

IV - LA LEGITIMACIÓN Y LOS ÓRGANOS ESTATALES ESPECIALIZADOS

En determinados supuestos, los órganos cualificados del Estado tienen la aptitud para demandar la invalidez de actos o normas estatales; en gran medida, porque están investidos de esos atributos como derivación de su competencia material relevante.

En tal sentido, una de las facultades que el ordenamiento asigna al defensor del pueblo (art. 86 de la Constitución), aparte de aquella vinculada con la tramitación, respuesta individual e informe anual de las quejas por disfuncionalidades, ineficacias e irregularidades administrativas, es la que se refleja en su legitimación procesal, o sea, la actuación en sede judicial. En armonía con esta competencia, el órgano en cuestión, como legitimado extraordinario (art. 43 de la Constitución), está en condiciones de promover acciones en defensa de los derechos de usuarios de servicios públicos o del ambiente. A pesar de que la Ley 24.284, reformada por la Ley 24.379, de organización de esta figura, no desarrolla el punto con el mínimo contenido esperable, las regulaciones sectoriales algo han establecido sobre la actuación del citado órgano en sede jurisdiccional.⁴⁸

Para llenar su cometido, la institución debe gozar de alguna aptitud –por cierto, no ilimitada–⁴⁹ para incoar procesos. Podrá objetar la legalidad o la constitucionalidad de una gran variedad de normas estatales: desde una ley que aprobase *ante tempus* la prórroga de una concesión, un decreto que introdujera cambios trascendentes en el marco regulatorio que afectasen a los usuarios del servicio, el acto que desprotegiera un inmueble perteneciente al patrimonio cultural de la nación o bien, entre tantos otros ejemplos, una resolución ministerial que implantase un nuevo cuadro tarifario prescindiendo de la audiencia pública, etcétera.

Estos señalamientos explican la necesidad de replantear el alcance un tanto extremo de la pauta jurisprudencial bajo examen. Además, en este campo de análisis se da cita la acción que la autoridad administrativa puede promover con el fin de invalidar actos que no puede revocar por sí y ante sí, por estar alcanzados por la estabilidad administrativa –pretensión de lesividad–.

Al margen de las dudas sobre la viabilidad de la acción de conflicto de poderes en el orden nacional, sea bajo ese rótulo o con otra denominación, ha de reconocerse al Poder Ejecutivo la facultad de impugnar judicialmente una ley del Congreso que avance sobre sus propias competencias. De no poder articularla, no estaría en condiciones de aspirar a que se restablezca la juridicidad conculcada. Por lo demás, en algunas circunstancias el tránsito por esa vía judicial –por añadidura o en grado reflejo– favorece el derecho o interés asociado al despliegue de la competencia material del órgano.

⁴⁸ Como, por ejemplo, el artículo 30 de la Ley 25.675, en cuanto regula la acción para recomponer un daño ambiental colectivo, o el artículo 52 de la Ley 24.240, relativo a las acciones colectivas en materia de consumo.

⁴⁹ CSJN, fallos 329:4542, 340:745, 341:1727, 342:1041.

Bien es cierto que, de admitirse este tipo de acciones, habría que exigirle al Poder Ejecutivo, por razones de coherencia, que acreditara haber vetado la ley con sustento en el avance sobre sus competencias y que ese proyecto ha merecido la insistencia del Congreso. Frente a lo cual aquel no tendría más vías para reponer la juridicidad conculcada que la articulación de una acción judicial.

V - EL COTEJO CON LA REVISIÓN DE LA JURIDICIDAD ADMINISTRATIVA

Lo arriba apuntado pone en entredicho, o al menos contribuye a moderar, el criterio absolutamente restrictivo de toda impugnación constitucional formulada por órganos o entes estatales. Conclusión que se robustece con la comparación objetiva entre este aspecto de control de constitucionalidad de las normas y las atribuciones de revisión de la legalidad del obrar administrativo que protagoniza todo órgano de la Administración.

Con arreglo al régimen del Decreto-ley 19.549/72, reformado por la Ley 27.742 (arts. 7º, 14, 17, 22, 27 y concordantes), el acto administrativo de alcance particular afectado de nulidad absoluta debe ser revocado por la propia Administración. Pero, si ha sido notificado y genera derechos subjetivos que se estén cumpliendo, la autotutela de legalidad se transforma en la carga de promover la pretensión de nulidad en sede judicial.

En ese orden de razonamientos, en el caso "Feliciani", el mismo año en el que fue aprobado el Decreto-ley 19.549/72 de procedimiento administrativo en el orden nacional se expuso una interesante disidencia suscrita por los jueces Chute y Risolía.

Allí, entre otros argumentos, se afirmó que, si la Administración pública puede y debe, según los supuestos, ocurrir ante la autoridad judicial peticionando la declaración de invalidez de sus actos administrativos viciados, no cabría desconocer similar facultad al Estado legislador u otras agencias gubernamentales respecto de las leyes, decretos, etcétera, siempre que no se afectaran derechos adquiridos –lo que, según entendieron, no había configurado en el caso–.

Una última puntualización: la jurisprudencia comentada prohíbe en algún sentido el ejercicio de la facultad de ocurrir a la justicia a órganos –básicamente adscriptos a la Administración pública o al Poder Ejecutivo– que, en principio, como es lógico, tampoco pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes ni negarse a aplicarlas –al menos en el esquema clásico de la revisión de la constitucionalidad de los productos normativos, no así según la mirada más laxa de quienes propugnan el trasvase acrítico de la doctrina del control de convencionalidad–.⁵¹

Se delinea entonces un nuevo contraste. Si se mira bien, en la actividad gubernativa o

⁵⁰ Ello, salvo que se acreditara dolo del administrado o si el derecho se hubiese otorgado expresa y válidamente a título precario.

⁵¹ Para quienes las autoridades administrativas, cualesquiera fueren, pueden acometer un control incluso oficioso de convencionalidad de las normas que las lleve a inaplicar y descalificar cualquier clase de preceptos.

de superintendencia a su cargo, la Corte Suprema se ha reservado para sí vastos poderes de revisión normativa que ha ejercido sin mayor cortapisa. Ha obrado de esta manera en varios asuntos. De aquellos poderes se ha valido para declarar la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de disposiciones legislativas, decretos del Poder Ejecutivo o reglamentos de otras autoridades competentes –por ejemplo, el Consejo de la Magistratura–, de oficio, en vía no judicial.⁵² Esto es, para hacerlo sin caso o controversia, no obrando como tercero imparcial y expidiendo un pronunciamiento extintivo con alcances *erga omnes*.

El saldo institucional que puede arrojar la fórmula de la jurisprudencia comentada en ocasiones luce exageradamente limitativo y genera ciertos mensajes equívocos.

Así, mientras se restringe la posibilidad de corregir situaciones de invalidez grave mediante un procedimiento racional de intercambio argumentativo ante un juez o tribunal, porque se niega legitimación a los entes estatales para incoar un proceso impugnativo o bien para ejercer la defensa de sus intereses planteando una inconstitucionalidad, la Corte Suprema se autohabilita a descalificar normas legales o reglamentarias sin caso, en vía de acordada, en ejercicio de potestades no jurisdiccionales.

Desde una perspectiva diferente se advierte que los vicios de legalidad administrativa –en principio, menos graves que aquellos que conducen a una inconstitucionalidad– pueden ser enmendados por la autoridad estatal por sí y ante sí, esto es, en la propia sede administrativa. En su defecto, los órganos estatales, en el ejercicio de las potestades de revisión de sus decisiones, cuentan con la solicitud de invalidación –o deben propiciarla– en sede judicial por vía de lesividad.

En cambio, frente a unas circunstancias que podrían desembocar en severos planteos de inconstitucionalidad –vicios, en principio, más graves–, el criterio jurisprudencial plasmado en los fallos antes señalados adolece de un espacio para que la autoridad gubernativa revise sus determinaciones, en un modo que guarde cierto paralelismo con el camino crítico establecido para la acción de lesividad. El Ejecutivo y ciertos órganos estatales cualificados no deberían estar privados de incitar la respuesta jurisdiccional en estos casos (art. 31 de la Constitución).

Esa omisión, que encierra una suerte de obstáculo, representa, pues, un reto para la búsqueda de una institucionalidad más equilibrada.

En el análisis de la experiencia jurídica, la admisión de planteos y de intervenciones en los litigios constitucionales por parte de los órganos estatales encuentra cauces bien diversos según se trate de la defensa o del cuestionamiento a la validez de una norma o acto estatal. Respecto de lo primero, la Corte Suprema, incluso en los supuestos en los que no se ha contemplado intervención alguna, admite a los organismos de la Administración pública la facultad de participar en las instancias judiciales de control, en defensa

⁵² Puede ampliarse en Soria (2022).

de la legalidad de sus actos.⁵³ Por cuanto concierne a la segunda alternativa, prevalece el criterio jurisprudencial que ha merecido este comentario.

VI - COROLARIO

En resumidas cuentas, el conjunto de consideraciones anteriores autoriza a formular las siguientes reflexiones finales:

– El criterio jurisprudencial comentado, por mucho que sea en líneas generales plausible y aplicable sin mayores conflictos en una proporción elevada de casos, no deja de exhibir algunas debilidades e inadecuaciones.

– En algunos casos, la postura negativa de esa jurisprudencia debe, pues, ser revisada. Se imponen ciertas precisiones para prevenir o evitar desaciertos interpretativos.

– Entre otros factores, la complejidad del tema se deriva de la proliferación de órganos y entes estatales –entre otras, las autoridades regulatorias– dotados de misiones competenciales trascendentes y cubiertos en su obrar por la expresión normativa de potestades de prevalente cualificación técnica, que denotan o justifican una cierta aptitud para demandar.

– Se trata, en suma, de un tema que, en el orden nacional al menos, debería regularse con cierto detalle, sobre todo en el campo de la articulación de impugnaciones anulatorias y de raíz constitucional contra actos o normas.

REFERENCIAS

BIANCHI, A. B. (2002). *Control de constitucionalidad* (2ª ed.). T. 2. Ábaco.

IMAZ, E. y REY, R. (1962). *El recurso extraordinario* (2ª ed.). Nerva.

LAPLACETTE, C. J. (2016). *Teoría y práctica del control de constitucionalidad*. BdeF.

SAGÜÉS, N. P. (1982). Sobre el planteamiento de inconstitucionalidad de las normas, por parte de los órganos del Estado. *El Derecho*, 66.

SORIA, D. F. (2022). Descalificación de normas legislativas dispuestas por la Corte Suprema en vía no judicial. *LA LEY*, 2022-F-505. TR LA LEY AR/DOC/3554/2022.

TRIBIÑO, C. (1998a). *El Fiscal de Estado*. Ábaco.

TRIBIÑO, C. (1998b). *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema*. Ábaco.

⁵³ CSJN, fallos 304:1546, 305:644, 324:2962, 324:3940, 330:2192, 344:163.



**REGLAS PROCESALES Y TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN LA EXPERIENCIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA**

Jorge Alejandro Amaya

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 27/12/2024

Aprobado: 03/02/2025

REGLAS PROCESALES Y TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA EXPERIENCIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

PROCEDURAL RULES AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE EXPERIENCE OF THE ARGENTINE SUPREME COURT

Por Jorge Alejandro Amaya¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: En el presente trabajo sintetizaremos las normas procesales trascendentes que establece el texto constitucional dentro de un proceso de reformulación jurisprudencial de los límites y reglas del sistema tradicional o clásico de control de constitucionalidad federal en Argentina, a partir de una consecuente flexibilización o mutación del diseño original, trascendiendo su origen histórico, con perfiles propios de la tendencia global actual.

Palabras clave: normas procesales, control de constitucionalidad, reforma constitucional, sistema tradicional, federalismo en Argentina, interpretación constitucional, evolución jurisprudencial

Abstract: In the present work we will synthesize the transcendent procedural norms established by the constitutional text within a process of jurisprudential reformulation of the limits and rules of the traditional or classic system of federal constitutionality control in Argentina, based on a consequent flexibility or mutation of the original design, transcending its historical origin, with profiles typical of the current global trend.

Keywords: procedural rules, control of constitutionality, constitutional reform, traditional system, federalism in Argentina, constitutional interpretation, jurisprudential evolution

¹ Profesor ordinario de Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires). Presidente del Instituto para el Desarrollo Constitucional (IDC) Asociación Civil. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2292-0126>. Correo electrónico: jorgeamaya@derecho.uba.ar.

I - INTRODUCCIÓN: ARGENTINA, UN PAÍS FEDERAL CON SISTEMA DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La República Argentina es un Estado federal con Constitución rígida.² Por consiguiente, conviven en su territorio veinticinco sistemas de control de constitucionalidad, algunos semejantes y otros diferentes: los sistemas de sus veintitrés provincias, el sistema federal y el sistema de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Los artículos 27, 31, 75 inc. 22 y 75 inc. 24 de la Constitución nacional establecen el principio de supremacía constitucional y el orden jerárquico del derecho positivo argentino. En él, el derecho internacional prima sobre el nacional, y la Constitución nacional, conjunta y actualmente con quince tratados de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional, conforman un "bloque de constitucionalidad" que actúa como regla de reconocimiento del sistema jurídico argentino, por el cual toda norma jurídica debe estar de acuerdo con este bloque y su violación implica un vicio o defecto de constitucionalidad.

Al igual que en Estados Unidos, el sistema de control de dicha constitucionalidad es judicial y difuso, es decir, se deposita en cabeza de todos los miembros del Poder Judicial, sean integrantes de la Justicia federal o de las Justicias locales. Cualquier juez, de cualquier jurisdicción y competencia, posee la facultad de control de constitucionalidad de los actos de los otros poderes del Estado, sean locales de su jurisdicción o federales.

Esta potente facultad judicial, al igual que en Estados Unidos, no estaba prevista expresamente en la Constitución,³ como sí sucede en la mayoría de los países de Latinoamérica. De la misma manera que en el país del norte en el famoso *leading case* "Marbury v. Madison"⁴, el nacimiento del control de constitucionalidad en Argentina obedeció a una creación jurisprudencial de la Corte Suprema,⁵ en los recordados casos "Sojo"⁶ y "Elortondo"⁷.

Las reglas procesales de acceso, tramitación y resolución de las causas ante el sistema federal, cuyo vértice es la Corte Suprema, pueden ser calificadas, siguiendo el origen de las mismas, en reglas constitucionales, legislativas, jurisprudenciales y reglamentarias, según veremos a continuación.

² "La nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, según lo establece la presente constitución" (art. 1º, Constitución nacional). Según el artículo 122, las provincias se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas. El artículo 30 establece que la Constitución puede ser reformada en todo o en parte, y que la declaración de la reforma corresponde al Congreso nacional con una mayoría calificada de dos terceras partes, pero que la reforma la llevará a cabo un órgano distinto, denominado Convención Constituyente, que se conforma por elección popular.

³ Recién con la reforma constitucional de 1994 se la estableció expresamente, en el marco de amparo, conforme el nuevo artículo 43.

⁴ Véase Amaya (2017).

⁵ Sin perjuicio de ello, el artículo 3º de la Ley 27 (de 1862) dispuso que uno de los objetos de la Justicia nacional "es sostener la observancia de la Constitución nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella".

⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Sojo, Eduardo s/ recurso de habeas corpus", 22 de septiembre de 1887.

⁷ CSJN, "Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo s/ expropiación - inconstitucionalidad de la Ley del 31 de octubre de 1884", 14 de abril de 1888.

Sin perjuicio de lo dicho, es dable destacar que en el sistema constitucional argentino muchas de las reglas procesales constitucionales son de creación pretoriana de la Corte Suprema. Como bien se dijo, la doctrina de la Corte Suprema constituye el mejor tratado de derecho constitucional que pudo haberse escrito.

II - LAS REGLAS PROCESALES TRASCENDENTES QUE ESTABLECE LA CONSTITUCIÓN. LOS ARTÍCULOS 116, 117 Y 43

Conforme los artículos 116 y 117 de la Constitución nacional, el máximo tribunal de nuestro país tiene competencia originaria, por apelación ordinaria y por apelación extraordinaria. La competencia ordinaria deriva del artículo 116, que establece la competencia federal, y lo es siempre por apelación. Corresponde intervenir cuando de esa materia se trate. La competencia extraordinaria en ejercicio del control de constitucionalidad deriva también del artículo 116, en tanto dispone que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución; y del artículo 31, que establece el principio de supremacía y el orden jerárquico del derecho positivo, y el 75 inc. 22, que otorga superioridad a los tratados respecto de las leyes y reconoce jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos allí enunciados y a los que en el futuro la obtengan. Por último, la competencia originaria surge del artículo 117 en tanto establece que "en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente".

Asimismo, como consecuencia de la reforma constitucional de 1994, se incorporaron otros artículos que, en consagración de derechos de tercera generación constitucional, como los derechos ambientales o del consumidor, o la recepción con jerarquía constitucional de garantías constitucionales, como el amparo, el *habeas corpus* o el *habeas data*, contienen reglas procesales para la defensa de estos derechos y la efectivización de las garantías. El artículo 43 define un cúmulo de reglas procesales para la procedencia de las mismas vinculadas con la legitimación activa individual o colectiva, el acceso a la justicia o la temporalidad de las acciones.⁹

⁸ "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero" (art. 116). "En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente" (art. 117).

⁹ "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione,

Como las tres garantías enunciadas, centrales en la defensa de los derechos humanos, poseen leyes reglamentarias de los institutos previas –amparo y *habeas corpus*– o posteriores –*habeas data*– a la reforma constitucional de 1994, las revisaremos en el acápite siguiente.

III - LAS REGLAS PROCESALES LEGISLATIVAS

Vaciada nuestra Constitución nacional en el modelo estadounidense, la tarea legislativa de conformar un sistema procesal tuvo inicio con la Ley 27 (de 1862), complementada con las leyes 48, 49 y 50 (de 1863), por las cuales se organizó la competencia de la Corte Suprema y de los juzgados nacionales (Ley 48), así como las reglas de procedimiento para actuar ante ellos (Ley 50).¹⁰

Nuestro legislador de 1863 adoptó en forma casi literal las materias en que nuestra Corte Suprema ejercería su jurisdicción, pero no, en principio, los remedios procesales a través de los cuales lo haría. Así, sea por las históricas diferencias de remedios procesales que preexistieran a la organización constitucional de Argentina y Estados Unidos, sea por las distintas interpretaciones que sus respectivas Cortes Supremas hicieran de sus propias atribuciones, resulta entendible que –pese a la semejanza de ambos textos constitucionales– su evolución culminase desembocando en sistemas distintos.

La noción de *causa* y su evolución

En el sistema argentino, al igual que en el modelo estadounidense, en el control difuso rige la noción de *causa*, es decir que los jueces solo pueden pronunciarse dentro de los litigios que tramiten ante ellos, entre dos partes antagónicas con pretensiones encontradas. Así lo recogen los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 27.

Respecto de esta regla, cabe considerar que ha sido flexibilizada por la Corte Suprema en forma casuística. Si bien se erige mayoritariamente como neural, en algunos casos de análisis no se logra divisar parte agraviada alguna.¹¹

restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio" (art. 43).

¹⁰ La Ley 49 constituyó una suerte de código penal federal por el cual se tipificaron los delitos contra la nación, posteriormente absorbidos por el Código Penal de 1921.

¹¹ Ejemplo de lo que afirmamos acontece en casos relevantes de la jurisprudencia de la Corte Suprema, como "Halabi,

El efecto *inter partes* y su evolución

En el orden federal no hay control abstracto de constitucionalidad ni acciones declarativas de inconstitucionalidad puras cuyo efecto fuera la declaración de ineficacia de normas generales. La jurisdicción federal se ejerce solo en casos contenciosos concretos, y las decisiones de los tribunales tienen solo efecto *inter partes*.

Efectivamente, los efectos de las sentencias son *inter partes* –es decir, se circunscriben al caso concreto–, careciendo de efecto *erga omnes*, por lo que la norma impugnada sigue siendo válida en el firmamento jurídico, hasta que no sea derogada por la autoridad que la aprobó, y sin afectar a las normas análogas¹² ni a normas futuras¹³. Igualmente, si se declara inconstitucional una parte de la ley, el resto permanece intacto.¹⁴

A nivel provincial, contrariamente, algunas constituciones otorgan efectos *erga omnes* a sus sentencias bajo diversas condiciones. A nivel federal, la Corte Suprema sostiene esta regla básica del control difuso, a pesar de algunas sentencias estructurales de los últimos años, que otorgaron un efecto expansivo limitado a sus decisiones.

El primer caso de antecedente expansivo que no puede obviarse es "Monges" (1996)¹⁵ –examen de ingreso a la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires–, donde la Corte Suprema consideró incluidos expresamente a terceros ajenos a la causa, evitando el dispendio procesal. En "Prodelco" (1998)¹⁶ –rebalanceo de tarifas telefónicas– criticó los efectos expansivos de las sentencias que habían otorgado muchos magistrados, argumentando la inexistencia de causa justificable y la violación de la división de poderes, dejándose a salvo que quedaba abierta la sede judicial para planteos de agravios en particular. En "Bustos" (2004)¹⁷ –indisponibilidad de depósitos bancarios y pesificación– también criticó la desbordada actuación de tribunales inferiores.

Sin perjuicio de este principio característico del sistema, la Corte Suprema extendió los efectos de algunas de sus sentencias de manera plural. Tal el caso de "Halabi" donde el alto tribunal dio nacimiento pretorianamente a las acciones de clase.

Posteriormente, en "Cepis" (2016)¹⁸ –impugnación de precios de producción, trans-

Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986" (24 de febrero de 2009), donde se trataba de una ley inaplicable en tanto su reglamentación había sido suspendida años antes; y "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" (12 de marzo de 2012), caso que al momento de fallarse había devenido abstracto; o, más recientemente, "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza" (24 de abril de 2020), en el cual claramente no hay partes encontradas.

¹² CSJN, "Lorenzo, José c/ Gorosito, Filomena Costa de", 18 de julio de 1962, fallos 253:253.

¹³ CSJN, "Banco de Mendoza c/ Dirección General Impositiva", 20 de julio de 1960, fallos 247:325.

¹⁴ CSJN, "Castro, Antonio c/ Prieto, Guillermo R.", 7 de julio de 1949, fallos 214:177.

¹⁵ CSJN, "Monges, Analía M. c. Universidad de Buenos Aires", 26 de diciembre de 1996, fallos 319:3148.

¹⁶ CSJN, "Prodelco c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo", 7 de mayo de 1998, fallos 321:1252.

¹⁷ CSJN, "Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo", 26 de abril de 2004, fallos 327:4495.

¹⁸ CSJN, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18 de agosto de 2016.

porte y distribución de gas natural—, si bien la Corte apreció diversas causas citando los planteos sucedidos en distintos juzgados federales del país, señaló que el proceso colectivo, una vez publicitado, genera una sentencia con efectos expansivos tutelando los derechos de todas las personas que no han tomado intervención en el proceso y corporizando la posibilidad de que cierto legitimado colectivo, cumpliendo ciertas formalidades, concentrara todos los planteos similares.

Esta concentración procesal aparece como producto del tipo de legitimado activo —representante del colectivo— y de la clase de proceso, sin causar mella en la regla *inter partes*, a nuestro criterio.

La exigencia de *standing*

También, al igual que en el modelo estadounidense, rige la noción de legitimidad (*standing*). El sujeto que tiene legitimación activa para provocar el control indirecto es el titular del derecho que se intenta valer, que debe acreditar un agravio o perjuicio concreto, inminente o de imposible reparación ulterior respecto de la aplicación de la norma que impugna.

El carácter incidental o indirecto y su evolución

No hay, por regla, una vía por medio de la cual sea factible proponer una acción de inconstitucionalidad pura o directa ante la Corte Suprema. Esto se mantiene a nivel federal, pero los derechos públicos locales diseñaron en su mayoría acciones directas de control de constitucionalidad.

La Corte argentina ha ido perfilando por creación pretoriana un importante desarrollo referido a la acción declarativa de inconstitucionalidad como una de las novedosas vías procesales para la actuación de dicho control.

En el derecho procesal federal, la cuestión fue asumida a partir de la norma consagrada en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, denominada “acción meramente declarativa”, cuya evolución a partir del caso “Provincia de Santiago del Estero c/Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”¹⁹ derivó en la consagración definitiva en nuestro derecho procesal constitucional de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Esta vía directa de control requiere la existencia del “caso” o “controversia judicial” en los términos de los artículos 116 y 117 y 2º de la Ley 27. No tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa. Y tiene, al igual que el amparo, una finalidad preventiva.

¹⁹ CSJN, “Provincia de Santiago del Estero c/Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, 20 de agosto de 1985.

La acción de amparo, constitucionalizada con la reforma de 1994 en el artículo 43, se ha configurado también como la otra vía directa de control constitucional.

Cabe destacar que la creación jurisprudencial de estas vías de control directo no implica que se sustancien siempre directamente ante la Corte Suprema, ya que la misma actúa habitualmente dentro del marco de su jurisdicción por apelación.

El control amplio

Otra característica del control judicial difuso argentino es que es amplio en lo que se refiere a la materia susceptible de control, pues recae sobre cualquier norma o acto de jerarquía inferior a la Constitución.

El pedido de parte y su evolución

Conforme las primeras reglas legislativas que hemos enunciado al comienzo de este acápite, el control de constitucionalidad se efectúa, en principio y como regla general, a pedido de alguna de las partes de la causa. Pero desde antaño la doctrina discutió si, con base en el argumento del principio de supremacía constitucional, los jueces no debían ejercer esta cuestión también de oficio.

En el marco del amparo, la cuestión quedó zanjada por la reforma constitucional de 1994, dado que el artículo 43 autoriza al juez a declarar la inconstitucionalidad de la norma. En el resto de los procesos, hasta 1984 la Corte Suprema había consolidado dicha regla a partir de un precedente llamado "Ganadera Los Lagos"²⁰, el cual estableció, siguiendo la Ley 27, que el control de constitucionalidad no podía ser decretado de oficio por los jueces. Pero con posterioridad a dicho año, la Corte comenzó a desarrollar pretorianamente la posibilidad de los jueces del ejercicio *ex officio* del control de constitucionalidad en todo tipo de proceso, como veremos en el acápite siguiente.

El recurso extraordinario federal (REF)

El REF constituye el instrumento procesal mediante el cual se habilita, en última instancia, el control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema. En sus orígenes, este recurso, al igual que en Estados Unidos –cuyo modelo constitucional sirvió de fuente central de la Constitución de 1853, sobre todo en lo que hace al diseño del Poder Judicial–, constituyó el medio procesal constitucional establecido para mantener la supremacía del derecho federal sobre los ordenamientos locales, con la finalidad de asegurar la unidad jurídica de la nación (Amaya, 2015).

²⁰ CSJN, "Ganadera Los Lagos", 30 de abril de 1941.

En 1863, ya constituida la Corte Suprema, la Ley 48 reguló en sus artículos 14, 15 y 16 el REF. Originariamente, a través de este recurso se resolvían exclusivamente cuestiones de derecho federal. Con el tiempo, la Corte amplió su competencia, considerando también cuestión federal cuando se producía el dictado de una sentencia arbitraria, denominación que utilizó para descalificar pronunciamientos que excedían las pautas razonables de interpretación o que reflejaban un inadecuado servicio de administración de justicia (Carrió, 1978).²¹

Además de esta variante de creación pretoriana –REF por sentencia arbitraria–, la Corte Suprema, a mediados del siglo pasado, en el caso “Antonio, Jorge”²² perfiló la variante del REF por gravedad institucional, que trajo la flexibilización del alcance del concepto de sentencia definitiva previsto en el artículo 14 de la Ley 48, abarcando no solo aquella que ponía fin al pleito, sino también las resoluciones que podían generar un agravio de imposible o dificultosa reparación ulterior.

Posteriormente, la Ley 23.774 introdujo el *certiorari*, por reforma de los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Este instituto de ejercicio discrecional por parte de la Corte Suprema incorporó nuevos recaudos de admisibilidad, como la falta de agravio federal suficiente, o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia, facultándose a la Corte con la sola invocación de esta norma a rechazar el REF o la queja, según el caso.

Su sanción creó numerosas incógnitas y causó preocupación fundada sobre el futuro ejercicio del instituto por parte de la Corte. Esta alerta, que desde el primer momento señalamos (Salvadores de Arzuaga y Amaya, 1991), sigue vigente y ha despertado a lo largo del tiempo numerosas críticas de la doctrina.

A su vez, en 2012, el artículo 1º de la Ley 26.790 introdujo en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación los artículos 257 bis y 257 ter, que reglamentaron el “Recurso extraordinario por salto de instancia”, una nueva especie del género REF. Las normas establecen que no procederá en causas de materia penal, y solo lo hará en causas de competencia federal. Tampoco procederá en causas que tramiten ante los tribunales nacionales con asiento en la ciudad de Buenos Aires, porque en ellas los jueces nacionales entienden en controversias regidas por el derecho común, salvo que las sentencias sean arbitrarias en los términos de la doctrina de la Corte Suprema.

Se excluyen también las causas de competencia federal en razón de las personas y del lugar, porque la referencia al derecho federal comprometido remite a la competencia federal en razón de la materia, prevista en el artículo 116 de la Constitución nacional.

Se establece que el recurso es de alcance restringido y excepcional, y se requiere la

²¹ El precedente citado como de inicio de la doctrina en la jurisprudencia es CSJN, “Rey, Celestino c/Rocha, Alfredo y Eduardo s/ falsificación de mercadería y de marca de fábrica”, 2 de diciembre de 1909, fallos 112:384.

²² CSJN, “Antonio, Jorge”, 1960, fallos 248:189.

acreditación de una notoria gravedad institucional. Es requisito también que el interesado acredite que la solución de la controversia en forma definitiva y expedita es necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal conculcado a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior.

Por la acordada nro. 4/2007, del 16 de marzo de 2007, la Corte Suprema catalogó los requisitos de admisibilidad formal del recurso extraordinario federal y del recurso de queja, teniendo en cuenta los reiterados precedentes de dicho tribunal, haciendo uso de su atribución legal (art. 18, Ley 48) de dictar reglamentos necesarios para la mejor administración de justicia.

El REF es un canal excepcional que requiere la configuración de la llamada "cuestión federal o cuestión constitucional", que puede ser simple o compleja, y esta, a su vez, directa o indirecta.

La simple tiene que ver con la mera y pura interpretación de la Constitución, las leyes federales, los tratados internacionales, las reglamentaciones a las leyes federales y los actos federales de las autoridades del Gobierno federal. La compleja aparece cuando existe un conflicto entre una norma o acto, sea federal o local, y la Constitución.

La cuestión federal compleja directa implica un conflicto entre la Constitución federal y una ley nacional, un tratado, un acto de autoridad federal, una norma provincial, una norma o acto de autoridad local. La cuestión federal compleja indirecta tiene en miras un conflicto entre las normas y actos federales, o entre normas y actos federales y locales que indirectamente agreden a la Constitución federal.

El REF se presenta ante el "superior tribunal de la causa" –los superiores tribunales de provincia o de CABA, la Cámara de Casación Penal o las cámaras federales con asiento en las provincias– dentro del plazo de diez días de haber sido notificada la sentencia definitiva. Luego del traslado a la contraparte por igual término, el superior tribunal de la causa debe decidir si lo concede o lo rechaza. En el supuesto de concesión, se giran las actuaciones a la Corte Suprema. En el supuesto de rechazo, la parte interesada puede interponer, dentro del término de cinco días, un recurso de queja por denegación del REF, que se interpone directamente ante la Corte Suprema, la que decidirá el correcto rechazo o la apertura del REF (arts. 256 y 257, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

La acción de amparo²³

El amparo, como recurso rápido y eficaz para reparar derechos de protección constitucional cuando se ven ilegal o arbitrariamente violados o limitados por un acto del poder público o de particulares, nació pretorianamente en Argentina en 1957 y 1958, en los *lea-*

²³ Un trabajo completo sobre el amparo argentino puede verse en Amaya (2001).

ding cases "Siri"²⁴ y "Kot"²⁵, y desde la reforma constitucional de 1994 se encuentra expresamente previsto en el artículo 43.

Sin perjuicio de ello y de su carácter operativo, a pesar de los treinta años transcurridos desde su recepción, el instituto garantista no ha sido aún reglamentado por el Poder Legislativo en su nuevo contexto, manteniéndose vigente la Ley reglamentaria 16.986, de 1966.

Esta ley reguló el amparo contra actos estatales omitiendo la regulación contra actos cometidos por los particulares, a pesar de que la Corte Suprema se había abocado a dicha cuestión en "Kot". En 1968, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sancionado por la Ley 17.454, incorporó el amparo contra actos de particulares, regulándolo como un proceso sumarísimo y subsanando el error en que había incurrido la Ley 16.986.

No obstante esto, y el criterio restrictivo de esta ley, la interpretación jurisprudencial atemperó paulatinamente el rigorismo señalado permitiendo devolverle al amparo la auténtica dimensión garantista que tuvo en sus orígenes,

La norma constitucional alcanza tanto a derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, y condiciona la admisibilidad del amparo a la inexistencia de un medio judicial más idóneo.

El texto constitucional otorga una legitimación activa amplia para la interposición de la acción de amparo, y, cuando se trata de derechos de incidencia colectiva, el segundo párrafo del artículo 43 legitima, además del afectado, al defensor del pueblo y las asociaciones que tengan por finalidad la protección de esos derechos.

Asimismo, cabe destacar que la Constitución nacional incorporó el amparo como garantía expresa, cuando antes contaba con creación pretoriana, y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) han dado cabida a la obligación de los Estados signatarios de garantizar un recurso rápido y eficaz. Por tanto, podemos afirmar que se ha concretado así un derecho de acceso directo a la jurisdicción que impide controvertir sobre la existencia de la vía, sin perjuicio de que el debate puede darse si se entiende que existen otras vías más idóneas que mejoran la calidad de la acción.

La acción de *habeas corpus*

Este simple pero vital procedimiento, con rango de garantía constitucional, ha logrado perfilarse como la pieza clave del estado de derecho. Se ha convertido en "el gran mandamiento" o "paradigma de la libertad" de Occidente. El *habeas corpus* es una acción desti-

²⁴ CSJN, "Siri, Ángel s/ Recurso de Hábeas Corpus", 27 de diciembre de 1957, fallos 239:459, donde se trató ante la Justicia en lo penal la clausura por autoridad policial de la provincia de Buenos Aires, del diario Mercedes, invocándose la violación de los derechos de imprenta y trabajo consagrados en la Constitución nacional.

²⁵ CSJN, "Kot Samuel SRL s/ Recurso de Hábeas Corpus", 5 de septiembre de 1958, fallos 241:291, donde se resolvió la ocupación de una fábrica textil a causa de un conflicto laboral entre patronos y obreros.

nada a brindar la protección judicial a toda persona que es privada de su libertad física o ambulatoria, o bien la encuentra restringida, agravada o amenazada ilegalmente.

En el orden federal, el *habeas corpus* estuvo regulado inicialmente por el artículo 20 de la Ley 48, de 1863. Estas disposiciones fueron derogadas por la Ley 23.098, de 1984, que regula aspectos sustanciales del *habeas corpus*, como así también las vías procesales para su tramitación. Posteriormente, el artículo 43 de la Constitución le otorgó jerarquía constitucional expresa.

La acción de *habeas data*

En Argentina, el *habeas data* como acción y como proceso fue introducido formalmente en la reforma constitucional de 1994. La regla constitucional se reglamentó por la Ley 25.326, modificada por la Ley 26.343.

La regla legal así adoptada rige en todo el país, pero de manera parcial, porque, si bien todos los principios generales relativos al tratamiento de los datos personales en el sector público y en el privado son de aplicación en todo el territorio nacional, el control administrativo y judicial federal por ella perfeñado es de alcance limitado –el administrativo, desde que las facultades del órgano de control, la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, no abarca todos los sujetos que realicen el tratamiento de datos personales; y el judicial, desde que solo reglamenta la acción y el proceso de *habeas data* para el ámbito de la Justicia federal–.

A veinte años de la reforma, poco queda de la literalidad de la norma constitucional, que ha sido completamente superada no solo por efecto de la labor reglamentaria, sino por una sólida corriente interpretativa e integrativa de la mejor doctrina y de la jurisprudencia, que supo superar aquella literalidad para desplegar la figura al máximo de sus posibilidades, a partir también de cierto activismo judicial.

El artículo 43 de la Constitución nacional, en su tercer párrafo, introdujo esta moderna garantía. Al incorporar la prohibición de revelar la identidad del autor –que en definitiva es la “fuente”– de una información que es tomada por un periodista, se constituye una regla general –la confidencialidad de la fuente de información periodística– que trasciende cualquier supuesto, esté o no en juego la información contenida en un banco de datos personales, y en este caso concreto ha encontrado una ampliación particular por vía reglamentaria, pues la ley amplió este supuesto en el artículo 1º, tercer párrafo, al sostener que tampoco podrán afectarse las bases de datos periodísticas.

Dispone también la Ley de protección de los datos personales, en el artículo 40 inc. 1º, que “los registros, archivos o bancos de datos privados no podrán alegar la confidencialidad de la información que se les requiere salvo el caso en que se afecten las fuentes de información periodística”.

IV - LAS REGLAS PROCESALES JURISPRUDENCIALES

Dentro de las reglas procesales constitucionales que emana de la actuación jurisprudencial de la Corte Suprema, debemos destacar las siguientes.

Vinculatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema

En el sistema constitucional argentino, si bien no rige la doctrina del precedente obligatorio, la Corte Suprema ha decidido dar a su jurisprudencia efecto vinculante, creando una regla de derecho constitucional consuetudinario.

El sistema jurídico estadounidense, donde abrevó nuestro control federal de constitucionalidad, es esencialmente un derecho de creación judicial. Los jueces edifican el sistema jurídico piedra por piedra a lo largo de las generaciones, como en la construcción de una catedral, utilizando la similitud elegida por Dworkin (2012).

Un sistema de control difuso de constitucionalidad requiere, con sobradas dosis de razones –en nombre de los postulados de efectividad, igualdad y seguridad jurídica–, un instrumento que asegure la autoridad a la resolución judicial, no solo en el interior del Poder Judicial, en los casos posteriores, sino en el ámbito de todo el poder público y por los ciudadanos de manera general.

Es así que el principio de *stare decisis* viene a jugar un papel esencial en aquel modelo.

Además, hay precedentes vinculantes y precedentes persuasivos –solo los primeros tienen fuerza obligatoria–, y el criterio distintivo de sus fuerzas radica en la propia jerarquía de los tribunales.

Un precedente vinculante proyecta su fuerza verticalmente de arriba abajo, del tribunal superior al inferior, pero también horizontalmente, pues los tribunales se vinculan a sus propias reglas de decisión y solo pueden apartarse de sus precedentes en situaciones especiales de cambios políticos, económicos y sociales.

La ausencia de la obligatoriedad legal del precedente posibilita que el sistema judicial dé respuestas contradictorias. Por ejemplo, una norma puede ser reputada en un fallo de la Corte Suprema como constitucional, pero en otro posterior del mismo tribunal, como inconstitucional.²⁶

Argentina intentó crear constitucionalmente la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema. La reforma constitucional de 1949 así lo dispuso, en su artículo 95, respecto de la interpretación constitucional de la Corte y de los códigos de fondo para los tribunales federales y estatales.

Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema argentina ha decidido dar a su jurisprudencia

²⁶ Como sucedió, por ejemplo, con las leyes de obediencia debida y punto final, donde una composición de la Corte Suprema las consideró constitucionales y otra posterior, inconstitucionales.

efecto vinculante, configurando una regla de derecho constitucional consuetudinario.

A estos efectos inicio argumentando que los jueces tienen el deber moral de seguir sus decisiones; para luego afirmar, a partir de la causa "Pampa Editora"²⁷, que dicho deber es de raíz institucional, pudiendo apartarse del criterio de la Corte pero dando fundamentos de las razones. También la Corte ha hablado del deber de los tribunales inferiores de someterse a sus precedentes, dada la autoridad institucional de sus fallos en su carácter de último intérprete de la Constitución nacional.

Pero cabe advertir que ocasionalmente la Corte también ha dicho que:

la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores, no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio toda sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones. (fallos 131:105)

Tesis que obligaría a olvidar la eficacia vinculante de los fallos de la Corte.

Más recientemente, a partir del precedente "Sosa" (2009)²⁸, y principalmente de "Farina" (2019)²⁹ y "López" (2022)³⁰, estatuyó la obligatoriedad del seguimiento jurisdiccional de sus sentencias por la magistratura argentina frente a casos que guarden analogía. Esta decisión estuvo precedida por una serie de sentencias entre 2018 y 2019, como "Viñas"³¹, "Freire Díaz"³² y "Espíndola"³³.

En definitiva, si bien existe hoy una regla de derecho consuetudinario constitucional elaborada por la propia Corte Suprema que impone a los tribunales inferiores el deber jurídico de seguir sus criterios en todo los escenarios –derecho federal, común o local–, se encuentra condicionada, ya que el tribunal inferior está habilitado a apartarse de ella siempre que lo haga de modo expreso y dé fundamentos valederos y diferentes a los ya examinados por la Corte.

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables

"Marbury vs. Madison"³⁴ constituye el primer atisbo –aunque en *obiter dicta*– de lo

²⁷ CSJN, "S. A. Pampa Editora", 2 de septiembre de 1966, fallos 265:281.

²⁸ CSJN, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz, 20 de octubre de 2009, fallos 332:2425.

²⁹ CSJN, "Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo", 26 de diciembre de 2019, fallos 342:2344.

³⁰ CSJN, "López, Ricardo Francisco Julio s/ incidente de recurso extraordinario, 17 de mayo de 2022, fallos 345:331.

³¹ CSJN, "Viñas, Pablo c/ E.N. – M. Justicia y DDHH s/ indemnizaciones - Ley 24043 - art. 3º", 22 de mayo de 2018, fallos 341:570.

³² CSJN, "Freire Díaz, Manuel Santos y otro s/ defraudación", 19 de marzo de 2019, fallos 342:278.

³³ CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", 9 de abril de 2019, fallos 342:584.

³⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, "Marbury v. Madison", 5 U.S. (1 Cranch) 137 (24 de febrero de 1803).

que serían las cuestiones políticas no judiciales. Sin perjuicio de ello, en el derecho constitucional norteamericano "Luther vs. Borden"³⁵ (1849) y "Baker vs. Carr" (1962)³⁶ constituyen los casos paradigmáticos de las cuestiones políticas no judiciales.

En la República Argentina quizás el precedente inicial más citado por la doctrina es "Cullen vs. Llerena"³⁷. La mayoría del tribunal sostuvo que no debía examinar el procedimiento de sanción de leyes porque en el caso particular que había llegado ante sus estrados no existía contienda entre partes adversas, sino que se trataba de una cuestión privativa de las Cámaras del Congreso.

Más que definir con precisión los lindes de las cuestiones políticas a las que acudió recurrentemente, la Corte Suprema estableció una serie casuística de ellas,³⁸ alguna de las cuales finalmente fueron examinadas por vía del control de razonabilidad.

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables ha recibido fuertes críticas, ya que la línea divisoria entre las cuestiones revisables y las que no lo son es difícil de trazar. Estas pueden esconder el retroceso del Poder Judicial en general y de la Corte Suprema en particular frente al poder político y, más que expresar el respeto por la división de poderes y por las cuestiones privativas de cada uno de ellos, manifestar, en cambio, el desentendimiento del tribunal en su función de control.

Quizás por las críticas recibidas es que en la década de 1990 la Corte Suprema argentina dejó de apelar de continuo a la mentada doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, en los casos en los que rechazó el control de constitucionalidad. Pero tal abandono no significó un ensanchamiento de la revisión judicial. Lo que el tribunal hizo fue acudir a la inexistencia de agravio. Así, por la vía de la falta de legitimación activa por falta de agravio, ha ceñido aún más el control de constitucionalidad. La exigencia de agravio concreto para reconocer la legitimación que abre paso al control se mantiene en la actual composición de la Corte y exige de los accionantes una cuidadosa presentación del caso o causa justiciable.

La reforma de 1994 introdujo en el texto constitucional conceptos *a priori* no revisables judicialmente. El concepto de emergencia pública del artículo 76, el de necesidad y urgencia del artículo 99 inc. 3º, el de valor de la moneda y el de moneda del artículo 75 inc. 19. Por supuesto, estos son indicios interpretativos que dependerán del caso concreto a la luz de la razonabilidad.

³⁵ Corte Suprema de Estados Unidos, "Luther v. Borden", 48 U.S. (7 How.) 1 (3 de enero de 1849).

³⁶ Corte Suprema de Estados Unidos, "Baker v. Carr", 369 U.S. 186 (26 de marzo de 1962).

³⁷ CSJN, "Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fe c/ Baldomero Llerena, s/ inconstitucionalidad de la ley Nacional de Intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad", 7 de septiembre de 1893, fallos 53:420.

³⁸ Por ejemplo, y sin agotar la enumeración, la Corte ha considerado, con mayor o menor énfasis, cuestiones políticas no justiciables: la declaración de utilidad pública en materia de expropiación; las causas de la declaración de estado de sitio; las causas de intervención federal; el proceso de sanción de leyes; las causales de enjuiciamiento de magistrados judiciales en los juicios políticos. No obstante, como se señaló, la no revisión de esas cuestiones se ha ido flexibilizando por el empleo del examen de razonabilidad.

El control de constitucionalidad de oficio por parte de los jueces

Con posterioridad a 1984, y hasta el 2001, la Corte Suprema comenzó, de manera incipiente, a reanalizar jurisprudencialmente el instituto del control de oficio por medio de la posición que fijan algunas disidencias.³⁹

En 2001, la tesis permisiva al control oficioso logró la mayoría en la composición del máximo tribunal en el caso "Mill de Pereyra"⁴⁰, doctrina que se consolida en "Banco Comercial de Finanzas".⁴¹

La cuestión pareció zanjada definitivamente, al menos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del fallo "Rodríguez Pereyra"⁴². La Corte recuerda en esta causa que, tras la reforma de 1994, debían tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos, y que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debía guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que importaba una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Esto obligaba a los jueces a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vieran mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial debía 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.

A partir de estos fundamentos, la Corte Suprema entendió que:

la jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado.

Pero aclaró que esto solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad.

A nuestro criterio, esta facultad que la Corte Suprema ha ejercido extraordinariamente

³⁹ En el caso "Instrucción Militar n° 50 de Rosario", los jueces Fayt y Belluscio argumentaron que la facultad del Poder Judicial de aplicar el derecho que las partes no invocan –*iura novit curia*– incluye el deber de mantener la supremacía constitucional prevista por el artículo 31.

⁴⁰ CSJN, "Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa", 27 de septiembre de 2001.

⁴¹ CSJN, "Banco Comercial de Finanzas S.A. s/ Quiebra", 19 de agosto de 2004.

⁴² CSJN, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", 27 de noviembre de 2012.

se mantiene en una línea del horizonte de los conflictos tramitados ante sus estrados. Efectivamente, en jurisprudencia reciente⁴³ sostuvo que el planteo de inconstitucionalidad de la norma no formaba parte del reclamo de los actores, por lo que los jueces fallaron *extra petita* y modificaron los términos del litigio al fundar su sentencia en un tema que no constituía un punto de controversia lesionando la garantía de defensa en juicio, lo que parece indicar una importante limitación en el ejercicio del control difuso por parte de los jueces a nivel federal.

Pero, sin duda alguna, las reglas procesales legislativas más trascendentes, cuya finalidad central es la defensa y garantía de los derechos humanos en el sistema constitucional argentino, es la regulación del recurso extraordinario federal, la normativa procesal de la acción de amparo, la relacionada con el *habeas corpus* y la del *habeas data*, garantías estas tres últimas que, como vimos, tuvieron reconocimiento constitucional expreso en el artículo 43 según la reforma de 1994.

V - LAS REGLAS PROCESALES REGLAMENTARIAS

Consideramos como reglas procesales reglamentarias aquellas que emanan de reglamentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que judicialmente se denominan acordadas.

La Corte ha tenido en los últimos años un activismo notorio a través de sus acordadas en la elaboración de reglas procesales para distintos tipos de procesos. Muchas de estas acordadas han sido cuestionadas, al entenderse que el tribunal invadía con su accionar la esfera del Poder Legislativo, al incursionar en temáticas propias de los códigos procesales o de las leyes específicas de procedimiento judicial.

La figura del *amicus curiae*

Como es sabido, el *amicus curiae* –amigo del tribunal– es una figura procesal reconocida por un gran número de tribunales nacionales e internacionales que consiste en una vía para proporcionar argumentos y opiniones por terceros ajenos al proceso ante un tribunal, como una herramienta disponible al juzgador para colaborar en su tarea de justiciar.

Ha sido incorporada a las reglas procesales a través de la Acordada nro. 28, de 2004.

El tribunal, consciente de su debilidad democrática al respecto, se preocupa en dicho

⁴³ CSJN, "Raco, Marco Nicolás y otro c/ Estado Nacional - Ministerio Seguridad PSA - Resol 513/09 s/ personal militar y civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad", 28 de octubre de 2021, fallos 344:3230; "Milantic Trans S.A. c/ Ministerio de la Producción (Ast. Río Santiago y ot.) s/ ejecución de sentencia - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y nulidad", 5 de agosto de 2021; "Manfredini, Juan Federico Marcos y otro c/ Mapfre Argentina ART S.A. s/ accidente - ley especial", 18 de agosto de 2022.

reglamento por justificar sus facultades constitucionales y reglamentarias para introducir el instituto de los amigos del tribunal, recurriendo a la facultad que la Ley 48 le había otorgado para establecer los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos" (art. 18), así como leyes sucesivas.⁴⁴ Sin perjuicio de ello, la acordada contó con dos disidencias respecto de lo resuelto, por los fundamentos ya mencionados.⁴⁵

El Reglamento sobre Intervención de Amigos del Tribunal prevé que las personas físicas o jurídicas que no fueran parte en el pleito pueden presentarse ante la Corte Suprema en calidad de amigos del tribunal, en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatían cuestiones de trascendencia colectiva o interés general; y que la presentación deberá ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio, dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia.

Por el artículo 2º del reglamento se exige que el amigo del tribunal fundamente su interés por participar en la causa e informe sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso. Su actuación deberá limitarse a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante.

Si la Corte Suprema considerara pertinente la presentación, ordenará su incorporación al expediente (art. 3º). El amigo del tribunal no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a estas. Su actuación no devenga costas ni honorarios judiciales.

Por el artículo 5º, las opiniones o sugerencias del amigo del tribunal tienen por objeto ilustrar a la Corte Suprema. No vinculan a esta pero pueden ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento del tribunal.

El Registro Público de Procesos Colectivos

Por Acordada 32, del año 2014, la Corte dispuso la creación de un Registro Público de Procesos Colectivos.

A su criterio, el incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos provenientes de diferentes tribunales del país ponía en riesgo la seguridad jurídica, por la posible existencia de sentencias contradictorias de distintos estrados o decisiones de un tribunal que interfirieran en la jurisdicción que estaba ejerciendo otro órgano judicial. Por consiguiente, y con el propósito de favorecer el acceso a la justicia de todas las personas, el tribunal estimó necesaria la creación de un Registro Público de Procesos Colectivos,

⁴⁴ La Ley 25.488 de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, del 19 de noviembre de 2001, expresamente dispuso: "La Corte Suprema de justicia de la Nación queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de esta reforma" (art. 4º, segundo párrafo).

⁴⁵ Los jueces Beluscio y Fayt sostuvieron que el tribunal carecía de facultades a estos efectos.

en el que debían inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramitasen ante los tribunales nacionales y federales del país.

Este procedimiento se justificó en la publicidad de los procesos colectivos –que arraigan en el artículo 43 de la Constitución– y tiene por objeto preservar la seguridad jurídica y asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso.

El Registro posee carácter público y gratuito, y se puede consultar en la página web del tribunal mediante un procedimiento sencillo. En él se inscriben todos los procesos colectivos, tanto los que tienen por objeto bienes colectivos como los que promueven la tutela de intereses individuales homogéneos. La inscripción comprende todas las causas de la especie indicada, radicadas ante el Poder Judicial de la Nación, cualquiera sea la vía procesal por la cual tramiten y el fuero ante el que estén radicadas.

La obligación de proporcionar la información de que se trata corresponde al tribunal de radicación de la causa, que procederá a efectuar la comunicación pertinente tras haber dictado la resolución que considera formalmente admisible la acción colectiva, identifica en forma precisa el colectivo involucrado en el caso, reconoce la idoneidad del representante y establece el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio.

La reglamentación de los procesos colectivos

Con posterioridad a la creación del Registro Público de Procesos Colectivos, a través de la Acordada Nro. 12, de 2016, la Corte aprobó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, donde fijó reglas que ordenan el trámite de este tipo de procesos en los tribunales nacionales y federales de todo el país, a fin de asegurar la eficiencia práctica del Registro Público de Procesos Colectivos.

El máximo tribunal señaló que las constancias obrantes en el Registro evidenciaban un dispar cumplimiento de la obligación de informar este tipo de procesos por parte de los tribunales, observando que en múltiples casos se habían mantenido las radicaciones ante distintos tribunales de procesos colectivos en los que se ventilaban pretensiones idénticas o similares. Por consiguiente, entendió necesario fijar reglas que ordenaran la tramitación de este tipo de procesos a fin de asegurar la eficacia práctica del Registro y la consecución de los objetivos perseguidos con su creación.

Recordó la necesidad de que el legislador ordinario dictara una ley que regulara los procesos colectivos, pero como dicha tarea aún no había sido emprendida hasta la fecha, entendió indispensable fijar reglas orientadas a ordenar la tramitación de los procesos colectivos a fin de evitar circunstancias que pudieran llevar a situaciones de gravedad

institucional, hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancionara una ley que regulara su procedimiento.

El reglamento fija las precisiones que deberá contener la demanda colectiva. Promovida la demanda, y previo al traslado de la misma, el juez requerirá al Registro:

que informe respecto de la existencia de un proceso colectivo en trámite ya inscripto que guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva. A estos fines, el tribunal brindará al registro los datos referidos a la composición del colectivo, con indicación de las características o circunstancias que hacen a su configuración, el objeto de la pretensión y el sujeto o los sujetos demandados...

Cumplido ello, el registro dará respuesta a la mayor brevedad indicando si se encuentra registrado otro proceso en trámite cuya pretensión presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, sus datos de individualización y el tribunal que previno en la inscripción.⁴⁶

Si del informe del registro surge la existencia de un juicio en trámite, registrado con anterioridad y que presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, el magistrado requirente deberá remitir, sin otra dilación, el expediente al juez ante el cual tramita el proceso inscripto. De lo contrario, si considera que, de manera manifiesta, no se verifican las condiciones para la tramitación de las causas ante el mismo tribunal, deberá hacer constar dicha circunstancia por resolución fundada y comunicar al tribunal que hubiese inscrito la otra acción y al registro.⁴⁷

Efectuada la inscripción del proceso por el registro, el juez dará curso a la acción y, en su caso, ordenará correr traslado de la demanda.⁴⁸

Contestada la demanda o vencido el plazo para hacerlo, el juez dictará una resolución en la que deberá ratificar o formular las modificaciones necesarias a la resolución de inscripción y determinar los medios más idóneos para hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso, a fin de asegurar la adecuada defensa de sus intereses.

Registrado el proceso, el magistrado deberá actualizar en el Registro toda la información que resulte relevante en la tramitación de la causa. Deberán incluirse las resoluciones referentes a la certificación del colectivo,

⁴⁶ CSJN, Acordada 12/2016. Anexo: Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos. Aprobación. Exp. 5673/2014. Art. III.

⁴⁷ *Ibid.*, art. IV.

⁴⁸ *Ibid.*, art. VIII.

a la modificación del representante del colectivo, a la alteración en la integración del colectivo involucrado y al otorgamiento, modificación o levantamiento de medidas cautelares. También deberán comunicarse las resoluciones que homologuen acuerdos, las sentencias definitivas y toda otra que, por la índole de sus efectos, justifique –a criterio del tribunal– la anotación dispuesta.⁴⁹

Toda medida cautelar dictada con efectos colectivos que corresponda a un proceso principal aún no inscripto deberá ser comunicada por el juez al Registro de manera inmediata para su anotación. En los casos en los que exista un proceso colectivo en trámite ya inscripto que guarde, respecto de la medida cautelar decretada, sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, el registro informará esta circunstancia al magistrado que la hubiese ordenado [e] igual comunicación se cursará al juez ante el cual tramita el proceso inscripto.⁵⁰

Por la naturaleza de los bienes involucrados y los efectos expansivos de la sentencia en este tipo de procesos, el juez deberá adoptar con celeridad todas las medidas que fueren necesarias a fin de ordenar el procedimiento.

VI - TIPOLOGÍA Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA. SU ROL INSTITUCIONAL

Como hemos visto a lo largo del trabajo, la tipología central del modelo de control difuso de constitucionalidad, por el cual optó Argentina siguiendo el modelo norteamericano, es de una sentencia desestimatoria o estimatoria, con efecto *inter partes* –sentencias clásicas–. Si bien la característica central se mantiene, la evolución del control en la jurisprudencia de la Corte, a partir de una renovada visión sobre el rol institucional del tribunal,⁵¹ ha ido conformando nuevas tipologías y distintos efectos.

Así, por diversas circunstancias, las sentencias clásicas devinieron insuficientes, lo que condujo a que los jueces comenzaran a adoptar modelos de sentencias, denominadas genéricamente “atípicas”, que traspasan la mera declaración de inconstitucionalidad.

En muchos de estos casos, los efectos que producen los decisorios se extienden sobre personas ajenas al proceso en el que se dicta tal resolución; en otros, se vislumbra la necesidad de extremar la cooperación interpoderes; en otros, la exigencia de reinterpretar la norma a la luz de nuevas realidades sociales o jurídicas. Por ejemplo, en el fallo “Verbisky”⁵² la Corte hizo lugar por primera vez a un *habeas corpus* colectivo correctivo, a

⁴⁹ *Ibid.*, art. VIII.

⁵⁰ *Ibid.*, art. X.

⁵¹ Hemos trabajado intensamente el rol institucional o político de la Corte en Amaya (2012, 2008 y 2015).

⁵² CSJN, “Verbisky, Horacio s/ habeas corpus”, 3 de mayo de 2005.

fin de mejorar las condiciones de vivienda y habitación de todas las personas privadas de su libertad en el territorio de una provincia argentina; en el caso "Mendoza"⁵³ aceptó su competencia originaria –siempre de interpretación restringida– en materia ambiental, haciendo lugar al reclamo presentado por afectados por la contaminación en la cuenca de un río que involucraba tres jurisdicciones, estableciendo un plan de saneamiento.

Dentro de la doctrina nacional, Néstor P. Sagües (2007), quien participó varios años como profesor del Máster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires, formuló una clasificación de las sentencias "atípicas" que en muchos casos puede trasladarse a la jurisprudencia del alto tribunal. Dicha clasificación distingue la siguiente tipología de sentencias constitucionales:

– *Sentencias manipulativas admisorias*: las cuales condenan una determinada interpretación de la ley bajo examen pero no el texto normativo mismo, que persiste vigente y aplicable siempre que se lo interprete del modo conforme a la Constitución y no según la variante interpretativa reputada inconstitucional. Encuadramos en este tipo de sentencias casos de la Corte como el ya citado "F., A.L.", donde la Corte Suprema interpretó el Código Penal diciendo que no resultaba punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación, a pesar que el artículo 86.2 de dicho Código establece literalmente que no resultaba punible la interrupción cuando la violación recaía sobre mujeres con algún grado de discapacidad mental; o "Casal"⁵⁴, donde la Corte interpretó el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, que regula el recurso de casación, conforme la teoría del máximo rendimiento, concluyendo que el tribunal competente en materia de casación debe agotar su capacidad revisora, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y derecho, a fin de responder a las exigencias de la Constitución nacional y la jurisprudencia internacional. En virtud de ello, estableció que la Cámara Nacional de Casación Penal no solo debe entender en cuestiones de derecho, sino en todo lo que pueda revisar, dejando de lado la distinción entre cuestiones de derecho y de hechos y prueba y, por ende, lo dispuesto por la letra del Código Procesal Penal.

– *Sentencias manipulativas "aditivas"*: son las que añaden algo a un texto legal, para tornarlo compatible con la Constitución.

– *Sentencias manipulativas "sustitutivas"*: entendidas como la manifestación más dura –y, por ende, muy discutible– del poder legiferante positivo de un tribunal. En tal hipótesis, este destruye una norma que califica como inconstitucional y la reemplaza por otra regulación conforme con la Constitución, como en el caso "Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires"⁵⁵, en el cual declaró la inconstitucionalidad de algunos artículos de la ley que habían modificado la integración del Consejo de la Magistratura de la Nación

⁵³ CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros", 8 de julio de 2008.

⁵⁴ CSJN, "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681 -", 20 de septiembre de 2005.

⁵⁵ CSJN, "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ E.N. - Ley 26080 - Dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento", 16 de diciembre de 2021.

y se volvió a la integración de veinte miembros que el Congreso de la Nación estableció en 1999. La sentencia dispuso que, hasta tanto el Congreso no dictase una nueva ley que organizase el Consejo de la Magistratura respetando las exigencias establecidas en la Constitución, "corresponde que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables recobre plena vigencia el régimen previsto por la Ley 24.937". Esta disposición motivó una disidencia parcial que cuestionó en duros términos que se dispusiera que el régimen anterior, sustituido por la ley declarada inconstitucional, recobrara su vigencia, ya que la norma había sido derogada por el Congreso.

– *Sentencias exhortativas*: en este supuesto, el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional, encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución, fijando o no un plazo preciso para ello. Así ocurrió en el caso "Halabi" ya referenciado, donde la Corte exhortó al Poder Legislativo a dictar una ley reglamentaria de las acciones de clase; o en "Itzcovich",⁵⁶ donde declaró la inconstitucionalidad sobreviniente de un artículo de la llamada "Ley de solidaridad previsional", que habilitaba un recurso obligatorio y ordinario de apelación contra las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social, considerando que dicho recurso era irrazonable y exhortando al Congreso a modificar la ley. De este modo, un mes después de dictada la sentencia, el Congreso sancionó la ley que derogó el recurso; o el caso "Badaro",⁵⁷ donde la Corte recaída exhortó al legislador a que implementara un sistema previsional móvil.

De este modo, en la tarea de procurar que la Constitución no sea mera retórica, nuestra Corte viene mostrando una tendencia a dictar sentencias que exijan el respeto y la protección de los derechos, aunque para ello sea necesario incursionar en todas las variantes de las sentencias denominadas "atípicas". Dicha actitud activista parece plausible siempre que sea ejercida en forma moderada, prudente y responsable, cooperando y no confrontando con los poderes políticos del Gobierno.

VII - CONCLUSIONES

Hemos sintetizado a lo largo de este trabajo las reglas procesales constitucionales que rigen en el sistema argentino –a nivel federal– para posibilitar a los jueces el objetivo de garantizar el principio de supremacía constitucional para la defensa de los derechos humanos.

La Corte Suprema, en ejercicio de su rol institucional, viene cumpliendo de manera pública con dicho camino. Y si bien, como hemos visto, intenta preservar la característica del modelo difuso con efecto *inter partes*, no evade otorgar a sus sentencias distintos efectos atípicos, ante causas de trascendencia y proyección social, económica o política.

⁵⁶ CSJN, "Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios", 29 de marzo de 2005.

⁵⁷ CSJN, "Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios", 27 de noviembre de 2007.

La evidencia resultante del proceso de relevamiento y análisis de sentencias de la Corte refleja los siguientes aspectos:

– Del control estrictamente judicial, se amplía hacia a un control transversal de convencionalidad que recae sobre todos los órganos del Estado –tanto en la tarea interpretativa como de aplicación–, teniendo por finalidad el sostenimiento de la supremacía constitucional y la inaplicación de normas o actos contrarios a esta.

– Se evidencia un fortalecimiento de la autoridad concentrada del control sobre la propia Corte que limita el carácter difuso, fortaleciendo a través de sus sentencias la función del precedente dentro el sistema jurídico argentino para dotar de coherencia la labor judicial y el respeto a la autoridad orgánica de la Corte como último interprete constitucional.

– La exigencia de causa judicial concreta se ha visto debilitada por matices más elásticos de control, como la inconstitucionalidad por omisión, la inconstitucionalidad sobreviniente, y un notable carácter de abstracción en el ejercicio del control a través de reiteradas declaraciones de inconstitucionalidad mediante acordadas de la Corte.

– El requerimiento de parte resulta desbordado por la consolidación del control de constitucionalidad de oficio, sin perjuicio de que la Corte, según su última jurisprudencia, parece querer asignar a esta capacidad una función excepcional.

– Del efecto *inter partes* se transita hoy hacia un efecto expansivo de las sentencias de la Corte, destacándose las llamadas sentencias atípicas, como las sentencias exhortativas y el efecto *erga omnes*, con especial consideración sobre el reconocimiento de la acción de clase y las nuevas modalidades de litigios colectivos.

– El control indirecto o incidental ha sido permeado por la Corte mediante la habilitación de acciones directas de inconstitucionalidad, admitiendo con ello la revisión constitucional inmediata.

– Los límites tradicionales del control han sido extendidos por la Corte, manifestando una ampliación de su injerencia en materias tradicionalmente restringidas; traduciéndose ello en una hiperjudicialización de contornos políticos.

Este proceso de reformulación jurisprudencial de los límites y reglas del sistema tradicional o clásico de control de constitucionalidad federal en Argentina ha derivado en una consecuente flexibilización o mutación del diseño original, trascendiendo su origen histórico con perfiles propios de la tendencia actual a la convergencia de los diversos sistemas de control de constitucionalidad mundiales, por lo cual cada uno de los aspectos resultantes incorpora elementos que son propios del modelo opuesto a su modelo de base (Amaya, 2015).

En definitiva, más allá de los esfuerzos por mantener centralmente el sistema difuso de control de constitucionalidad, pareciera que la Corte Suprema va consolidando un sistema de tipo mixto, como hemos anticipado en su oportunidad (Amaya, 2020), con justificación –discutida para algunos– en el objetivo central de asegurar la supremacía cons-

titucional y la defensa de los derechos humanos.

Este proceder se alinea con un contexto generalizado por el que se encuentran atravesando todos los tribunales constitucionales del mundo, es decir, un escenario en el cual el incremento de problemáticas y desafíos comunes relativos a los derechos humanos ha traído nuevas demandas sobre la Justicia constitucional que llevan a una expansión de sus límites de actuación por la asunción de mayores competencias, y, con ello, la creación de nuevas herramientas de respuesta que generan un reposicionamiento del Poder Judicial frente a los demás órganos.

REFERENCIAS

- AMAYA, J. A. (2001). El amparo. Algunas reflexiones en torno a su dimensión pasada, presente y futura. *Cuaderno de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, 18.
- AMAYA, J. A. (2008). Crisis de la función constitucional de la Corte Suprema Argentina. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 1(1).
- AMAYA, J. A. (2012). El rol institucional de la Corte Suprema de la República Argentina. En J. L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar y M. P. Calderón Cuadrado (coords.), *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca: liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*. Tirant lo Blanch.
- AMAYA, J. A. (2015) *Control de Constitucionalidad* (2ª ed. actualizada y ampliada), Astrea.
- AMAYA, J. A. (2017). *Marbury v. Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad*. Astrea.
- AMAYA, J. A. (2020). Control de constitucionalidad y consulta legislativa. ¿Hacia un sistema mixto de control? *Revista Jurídica digital de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional*, 8.
- CARRIÓ, G. R. (1978). *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria* (Tomo 1). Abeledo-Perrot.
- DWORKIN, R. (2012). *Los derechos en serio*. Ariel.
- SAGÜES, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Astrea.
- SALVADORES DE ARZUAGA, C. I. y AMAYA, J. A. (1991). El certiorari y su aplicación práctica. *JA*, 1991-III-785.



ENFOQUE SOBRE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO

Raúl Gustavo Ferreyra

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 05/02/2025

Aprobado: 06/03/2025

ENFOQUE SOBRE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO¹

APPROACH TO THE STATE CONSTITUTION

Por Raúl Gustavo Ferreyra²

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: La Constitución es la forma inicial del derecho positivo del Estado. Una forma finita que autorizará la producción de todas las otras formas inferiores del orden, casi infinitas. La ley suprema es una lengua de la razón para cubrir jurídicamente las bases del Estado. Un objeto complejo creado por la tarea eminente de la política de los representantes de una ciudadanía para garantizar una coexistencia sin agresiones en una comunidad en la que se persigue la búsqueda de una paz duradera, relativa y sin fisuras. Desde un enfoque interno y abstracto, propio de la teoría general, propongo una declaración conceptual, en la que se detalla cada una de sus piezas y misiones.

Palabras clave: Constitución, Estado, teoría general, lengua, razón, democracia, destrucción

Abstract: The Constitution is the initial form of all positive law of the State. A finite form that authorizes the production of all other lower forms of the almost infinite order. The supreme Law is a language of reason to legally cover the foundations of the State. It is a complex object created by the eminent task of the politics of the representatives of a citizenry to guarantee coexistence without aggression in a community where the pursuit of lasting, relative, and seamless peace is sought. From an internal and abstract perspective, typical of general theory, I propose a conceptual statement, in which each of its parts and missions is detailed.

Keywords: Constitution, State, general theory, language, reason, democracy, destruction

¹ Una versión de este trabajo se publicó en la *Revista Jurídica*, 21 (1), 2023, pp. 21-67 de la Universidad de Palermo, bajo el título "Constitución y reforma". Una nueva reflexión sobre esa escritura matriz que conlleva un mayor protagonismo de la Constitución en la regencia de los "procesos públicos" fue publicada, con el mismo título, en el libro *Escritos sobre la forma inicial del Estado*, Ediar, 2025, pp. 38-98, "Primero". Esta novísima versión, que ahora y aquí se publica, mantiene el despliegue ampliado sobre los "procesos públicos" antecitada; sin embargo, puede considerarse única y original en la inteligencia de que solo se tiene por objeto a la "Constitución" como "lengua de la razón" y se excluye del ámbito de la disertación el proceso de su cambio. La soberanía de la Constitución en las dimensiones propias del texto es total.

² Abogado (Universidad de Buenos Aires). Catedrático de Derecho constitucional (Facultad de Derecho, UBA). Doctor en Derecho (UBA). Posdoctor en Derecho (UBA). Profesor visitante extraordinario de la Universidad Nacional del Oeste.

I - INTRODUCCIÓN

Política, derecho y Constitución del Estado

La Constitución, producto exclusivo de la razón, es un objeto que se encuentra en el mundo social. Es la mayor creación de los seres humanos para una coexistencia sin agresiones en una comunidad que persigue la búsqueda de una paz duradera. Es la única forma del derecho positivo que debe contemplar su propio cambio. El Estado se define por los fundamentos de la ley suprema. Ella se constituye como su cuarto elemento, junto a la población, el poder y el territorio. En esas condiciones se puede evocar a la "Constitución del Estado".

La escritura fundamental³ es un instrumento normativo que el derecho promete para conservar la vida de todos los seres humanos y un determinado cuidado de la naturaleza. Fue inventada para que abandonaran un incierto estado antisocial o sin política gregaria o apolítico. La Constitución, con su sistema, debe alcanzar un compromiso tanto para desarrollar consensos homogéneos como para tramitar los intereses opuestos de la ciudadanía, que minimice sus fricciones y garantice la paz. Por ser altísimo derecho sobre el derecho inferior, debe ser instituida como una regulación institucionalizada sobre la fuerza del Estado, un ente que ha de poseer de manera irrenunciable el monopolio de su programación y ejecución.

Los seres humanos no crean ni el ambiente natural que constituye su espacio vital ni el tiempo de su existencia. Desde la aparición y el desarrollo de su razón crítica, hace más de 2.500 años, han generado descubrimientos e invenciones, entre las que se cuentan las leyes sociales. Una de estas, la Constitución, persigue un cierto gobierno del tiempo y del espacio en el ámbito de una comunidad ciudadana, dimensiones que el ser humano, con su inteligencia natural, nunca ha podido regular por completo. Un milagro inalcanzable, en especial, en pleno siglo XXI, cuando se advierte que esta ley suprema, una ideación del siglo XVIII y heredera de su iluminismo racionalista, resulta un plan institucional tan discreto como desbordado por una conjunción inagotable de causas. Me refiero, por ejemplo, a los cambios sociales de toda clase: la exclusión, el avance de la inteligencia artificial y, sobre todo, la falta de adecuación solidaria para contener un capitalismo en el que la riqueza se encuentra en poder de puñados de individuos que no aceptan reglas sobre la "justicia social".⁴

³ Empleo "escritura fundamental" como sinónimo de "Constitución", así como también "regla altísima", "ley suprema", "ley fundamental" y "ley básica".

⁴ Probablemente, una primera aproximación en la doctrina sobre la justicia social haya sido puntualizada por Taparelli (1866). Desde la comprensión normativa, resulta indispensable mencionar la regla contenida en el artículo 193 de la Constitución de la República Federativa de Brasil: "*A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais*". Tal como expreso más adelante, hay ocasiones en las que la fuerza normativa que emana de una regla constituyente, radicada en su pureza y claridad, es susceptible de poseer por derecho propio una calidad eminente muy difícil de superar por la doctrina o la teoría. Así, el objetivo de la justicia social, de acuerdo con

La invención de la ley fundamental, una ley social y normativa por excelencia, siempre es el resultado de un trabajo político. Un arte eminente que consiste en diseñar soluciones o significativos alivios para los problemas, ocasionales o permanentes, que una comunidad ha de enfrentar. La configuración del marco de un "problema" y su correspondiente desarrollo no implican que pueda contener una solución o que, encontrada esta, siempre pueda ser objeto de reiteración.

Los problemas constitucionales son políticos y jurídicos. Hay problemas que tienen solución definitiva o circunstancial y otros que no la tienen ni la tendrán, al menos con moderada o razonable satisfacción comprobada por el momento. Esa misma postergación resulta aplicable a los avatares de la ciencia jurídica; así, hay problemas, por ejemplo, sobre los cuales no advierto una solución robusta, razonada y hegemónica: la regulación normativa de la clonación humana o de cualquier otra forma de reproducción que no se asiente en su totalidad en la naturaleza del hombre, o el gobierno de la comunidad, total o parcial, instrumentado por la inteligencia artificial. Esos son problemas francamente desconcertantes, cuya falta de dominio sobre los extremos basales de los estados de cosas que promueven y sostienen inclina decididamente a la postergación, acaso infinita, de cualquier modelo de regulación constituyente.

El poder, una de las máximas creaciones del ser humano, puede generar malestar o bienestar en la comunidad. En dicho ámbito, "solo el poder puede crear derecho" (Bobbio, 1994, p. 14). El poder político deberá producir las reglas que determinen la conducta humana en la comunidad. Así, el poder es unilateral en su actitud de creación del derecho, una "lengua"⁵ básicamente integrada por reglas, que una autoridad produce con arraigo en la razón y en la experiencia, en ejercicio de un poder institucionalizado en representación de una ciudadanía y para la ordenación de la paz social⁶ de una comunidad, en un tiempo y un espacio determinados.

Si bien la primacía de la política es indiscutible, producido el derecho, se inicia el eterno viraje: el poder queda sometido a la regulación jurídica. Comienza, en otra lengua y en otro escenario, la tensión inacabada entre autoridad y libertad. Así, la lengua de la ley fundamental será pura creación política y su ideación dependerá de una determinada razón o experiencia sobre el derecho. Una de las mejores ideaciones para dar cuenta de la estrecha relación entre derecho y Constitución es la de una *matrioshka*. Esta muñeca re-

la normatividad brasileña inalterada desde 1988, resulta una de las reglas señeras del constitucionalismo en América del Sur.

⁵ Para Ferdinand de Saussure (2004), el lenguaje es un fenómeno, un ejercicio de una facultad que está en el hombre. La lengua, por su parte, es el conjunto de formas concordantes que toma este fenómeno en una colectividad de individuos y en una época determinada. Asimismo, al utilizar en este escrito el término "lengua", siguiendo la tesis de Diego Valadés (2005), el lector podrá rápidamente apreciar que me refiero a la "lengua de la Constitución" del tipo de Estado democrático integrado por ciudadanos iguales en su libertad, que promueven y sostienen una paz comunitaria duradera.

⁶ Hans Kelsen (1941) expresó que solo un orden jurídico podría asegurar la paz social con una relativa base de permanencia a sus ciudadanos.

presenta la génesis, la existencia multicolor y plural, y la unión. Así, la muñeca mayor, la concepción sobre el derecho, contiene en su espacio a otra, la concepción sobre la Constitución, y esta, así, al resto de las reglas inferiores del orden jurídico.⁷ En tales condiciones, la Constitución pretenderá instituir el fundamento jurídico del orden del Estado y su cambio, a partir de una concepción predeterminada del derecho recibida de la política.

Una máquina del tiempo

En 1895, la más imaginativa de las narrativas “inventó” una máquina del tiempo (Wells, 2015). Esa entelequia queda en la ficción, en su idónea y mágica originalidad, porque el ser humano aún no puede viajar en todas las direcciones del tiempo; con suerte puede lidiar con aspectos de su presente y proyectar tímidamente especulaciones respecto de su futuro. Ahora bien, las constituciones son o deberían ser instrumentos que permitan a todas las generaciones –pasadas, presentes y futuras– el diálogo entre sí, que sus ciudadanos contraten y recontraten sobre el pacto fundacional, en igualdad de condiciones, con el fundamento de que son igualmente libres. Porque toda generación tiene el derecho a deliberar y disponer, en tiempo siempre presente, su forma de organización jurídica, empezando por la constitucional. Solo así la ciudadanía cuenta con la posibilidad de viajar en el tiempo.

La ley suprema, máquina del tiempo, autoriza y discierne la estructura de los espacios de los poderes políticos y el marco de referencia temporal de las funciones gubernativas en una comunidad determinada. Esta invención permitió –y permite– alcanzar y disfrutar todo aquello que el ser humano no lograría con su limitada energía individual. Así, es capaz de producir un poder organizacional superior al individuado en cada ciudadano o ciudadana (Popper, 1992). Este contrato social, el acto político y jurídico instituyente más relevante de una ciudadanía, producido habitualmente por representantes genuinos, define y ordena una fuerza comunitaria con racionalidad y dirección.

La concepción de la Constitución como máquina del tiempo dispone de luces y sombras. Al ser una máquina, se pueden depositar en su seno “oro o plomo” (Calamandrei, 2011, p. 65) o “armas o rosas”. El principio de constitucionalidad, vaciado en la maquinaria, sirve de molde o envase. Pesa sobre la Constitución, como en todas las instituciones creadas por el ser humano, el hecho de que ella como artefacto es el resultado sustantivo de los procesos pasados. Ella podría autorizar la gobernanza para una ciudadanía que hoy vive y que no conocerá jamás al sujeto político que la precedió y la fundó en el tiempo. Esa ciudadanía tampoco conocerá a la comunidad que en el futuro se regirá con esas mismas reglas constituyentes, o muy semejantes, que se deriven desarrolladamente de su texto propio.

⁷ Dicha ideación fue expuesta originalmente por Benito Aláez Corral en su disertación “Reforma constitucional y concepto de Constitución”, webinar organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Oviedo, el 13 de abril de 2021. Disponible en: www.youtube.com/watch?v=ow5RgHgcmrA.

Todos los ciudadanos han de ser iguales en libertad y ante un mismo derecho constituyente del Estado en tiempos absolutamente diferentes, por lo que sus coexistencias físicas nunca han de coincidir. Así, las leyes fundamentales son artefactos, máquinas, que los seres humanos crean para regular racionalmente su existencia en el mundo. La Constitución es un verdadero contrato social que, al instalarse en la dimensión del tiempo, se representa a sí misma, también, como un contrato intergeneracional, un contrato para quienes integran la generación del presente y para quienes integren las generaciones del futuro (Häberle, 2009). Añadiría que esos contratos políticos, sometidos a la variabilidad perpetuamente cambiante de la existencia humana, no constituirán, jamás, ningún modelo de alquimia para dominar globalmente el tiempo futuro. Esto último, el gobierno del futuro, nunca sucederá por la propia presencia eterna del principio de indeterminación de la existencia con vida y del Universo.

Saber doctrinario: teoría general y dogmática. Justificación

En pleno siglo XXI, casi todos los Estados del mundo poseen una norma fundamental. Como objeto mundano, puede ser estudiada y valorada, al menos, desde dos enfoques: el externo y el interno. En el enfoque interno se aísla el instrumento "Constitución" para realizar fundadas descripciones y, eventualmente, determinadas valoraciones. En cambio, en el enfoque externo se computa a la ley fundamental como el cuarto elemento del Estado, junto al territorio, la población y el poder, con naturalización de las mismas tareas señaladas para el enfoque interno.

En ambos enfoques, las proposiciones descriptivas o valorativas pueden referirse a una ley fundamental de un Estado concreto, o bien realizar el estudio de manera abstracta sin atender a un orden jurídico estatal específico. La concepción concreta se apoda "dogmática", mientras que la abstracta se denomina "teoría general de la Constitución".⁸

En esta contribución asumo la ruta preferida del "enfoque interno" con un bosquejo "teórico" contenido en una escritura que ha sido pensada y redactada en América del Sur (Cyrillo, 2004; Marquardt, 2023; Pampillo Baliño, 2023; Morales, 2022). Ocasionalmente, hago menciones "dogmáticas" específicas sobre la Constitución federal de la República Argentina,⁹ elegida porque su validez temporal se remonta a 1853, lo que la convierte en

⁸ Peter Häberle planteó en 1974 que la teoría constitucional debe mostrar dónde y cómo los intereses racionales se hallan incorporados en las instituciones constitucionales. Concretamente, qué "razón constitucional" está institucionalizada y dónde está incluida la posibilidad de desarrollar una razón opuesta sobre todo el proceso de gobierno de una comunidad (Häberle, 2003).

⁹ Todos los textos constitucionales son leyes en el tiempo que establecen y fomentan un determinado estado de cosas. La ley fundamental de la Argentina posee precisamente en la dimensión de su "temporalidad", acaso "eterna", uno de sus rasgos más detallados. Así, la bibliografía sobre su desarrollo resulta enorme. Señalo de manera indicaria las siguientes fuentes: Bidart Campos, G. J. (1996), Manual de Derecho constitucional argentino, Ediar; Ravignani, E. (1939), Asambleas constituyentes argentinas, Peuser; Sampay, A. E. (1975), Las Constituciones de la Argentina 1810-

una de las escrituras republicanas más antiguas del planeta, y sobre la Constitución de la República Federativa de Brasil,¹⁰ porque su validez espacial debe cubrir al Estado republicano con el territorio más extendido y abrazar al pueblo sudamericano con mayor cantidad de ciudadanos. Apréciense que el cuerpo normativo de la Constitución argentina posee una duración de más de 170 años. Por su parte, la Constitución brasileña sostiene a una de las democracias constitucionales con sufragio obligatorio de una ciudadanía importantísima en el concierto mundial. En ambos casos, además, cada proceso de reforma o enmienda para el cambio formalizado de sus escrituras fundamentales –escogido por los constituyentes brasileños en 1988 y por los argentinos en 1853– contiene significativos paradigmas jurídicos para la ciencia del derecho constitucional.

Hay verdades muy difíciles de ser negadas: la existencia de los seres humanos y de toda forma de vida en la Tierra está puesta sobradamente en peligro, entre otras calamidades, por la devastación provocada por actividades con emisiones de gases de efecto invernadero y el consiguiente cambio climático; la amenaza nuclear generada por ojivas; la contaminación de la naturaleza; el crecimiento de la exclusión social; el endeudamiento irracional de los países pobres o en vías de desarrollo; la deforestación y la bruta e irreflexiva desertificación del suelo; las prácticas irresponsables de la agricultura, la minería y la ganadería. La magnitud de esos problemas hace que se sufran con la misma intensidad en todo el planeta, aunque las comunidades sigan siendo estatales, al menos en América del Sur.

En nuestra región no hay soberanía compartida. El Estado cobija a sus propios ciudadanos dentro de su territorio y con la autoridad de sus poderes, creados por una ley fundamental. Si bien existe una incipiente integración por vías de instrumentos bi o multilaterales e instituciones supraestatales, no hay más Estado para resolver los problemas mentados, por ahora, que el constituido por la ley fundamental, sin perjuicio de los ingentes y notables esfuerzos internacionales para conjurar el daño irreparable de la destrucción de la naturaleza y la exclusión social.

Recientes y notabilísimas contribuciones doctrinarias incluso han aupado un “esbozo” normativo para un constitucionalismo¹¹ globalizado del mundo entero (Ferrajoli,

1972, Eudeba; González, J. V. (1897), *Manual de la Constitución argentina*, Ángel Estrada; Ekmekdjian, M. Á. (1993-1999), *Tratado de Derecho Constitucional: Constitución de la Nación Argentina*, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina, Depalma; Centro de Estudios Constitucionales y Políticos (1995), *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, La Ley.

¹⁰ Sobre la Constitución brasileña de 1988, resulta literatura fundamental *Comentários à Constituição do Brasil* (3ª ed. revisada y actualizada), publicada en el invierno de 2023 en una coedición de la Editorial Saraiva, Almedina y el Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). En su texto se aborda la descripción y la evaluación de todas las piezas de la ley fundamental brasileña. Una contribución de más de 150 autores que abarca más de 2.600 páginas. Allí se pueden encontrar, también, las referencias bibliográficas y jurisprudenciales sobre 35 años de desarrollo constitucional. Una obra notable que cuenta con la coordinación científica de G. Ferreira Mendes, I. Wolfgang Sarlet, L. Streck y J. J. Gomes Canotilho.

¹¹ Sobre anticonstitucionalismo y constitucionalismo, véase: Rosatti (2010).

2023). Al ser literatura fundamental, son un constante apoyo para abordar los problemas de nuestros Estados. En este punto, creo que debemos seguir pensando en el ámbito de nuestro tiempo y de nuestros espacios estatales para, en el futuro, quizás, prosperar en el desarrollo de un valioso pensamiento globalizado o, al menos, de ligadura regional o con expresión jurídica subcontinental en América del Sur.

Itinerario

En el punto siguiente desarrollaré una idea acerca de la Constitución sobre la base de una declaración teórica. En el contenido teórico de esa declaración se aprecian las diferentes piezas que constituyen el objeto complejo "la Constitución del Estado" y la noble misión que el instrumento intentará cumplir con estimable eficacia. Luego realizaré los comentarios finales, con una referencia puntual sobre la paz como misión del derecho. Antes de dirigirme al bosquejo de la enunciación teórica sobre la Constitución en el próximo apartado, aquí deseo resaltar que las ideas jurídicas en un Estado son elaboradas y se acumulan en el tiempo por intermedio de un número inmenso de autores, que en la mayoría de las situaciones dialogan, confrontan, polemizan y se contradicen con sus tesis y ensayos. Las ideas sobre la ley fundamental son capitales en la historia de la humanidad. Quizá Emer de Vattel haya sido uno de los pioneros, al entender y sugerir, en *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains* (1758), que la regla fundamental que determina la manera en la cual la autoridad pública debe ser ejercida es lo que forma la "Constitución del Estado".¹² Esa fundada ideación, sin duda, ha sido uno de los primeros motores que han inspirado gran parte de los pensamientos aquí escritos.

II - UNA IDEA SOBRE LA CONSTITUCIÓN

La forma inicial y suprema del orden jurídico del Estado

El derecho del Estado es una combinación de formas jurídicas, básicamente reglas de naturaleza diversa, para la regulación institucionalizada de la conducta humana. Una creación con aspiraciones de unidad, pretensiones de coherencia y autoridad prescriptiva, siempre dentro de un ámbito espacial y temporal. Su máxima expresión jerárquica la instituye su ley suprema escrita, que, al determinar el único origen e implantar el criterio para el escalonamiento y la gradación de todo el derecho inferior, autorizaría una existen-

¹² Bernd Marquardt (2022) señala que el "matrimonio" entre las ideas de Estado y Constitución, en sentido moderno, ocurrió, en el plano de la doctrina, con la publicación del libro de Johann J. Moser *Compendium Juris Publici Moderni Regni Germanici. Oder Grundriß der heutigen Staats-Verfassung des Teutschen Reichs* (1731) (pp. 13-14).

cia ciudadanamente pactada de un "Estado constitucional", tanto Estado como el diseñado solo y exclusivamente por la escritura fundamental (Häberle, 2003). Ella, con sus enunciados altísimos e insuperables de derecho, es la forma de las formas del orden jurídico estatal; acaso, junto a un determinado cuerpo del derecho internacional de los derechos humanos, en el supuesto de que, en tanto ley fundamental, les autorice desde su propia fuente matricial una validez con semejante, menor o prevalente jerarquía.

La naturaleza de un bosquejo sobre teoría general de la Constitución asumida para este escrito motiva razonadamente que solo se indiquen las escrituras fundamentales de Argentina¹³ y Brasil¹⁴, es decir, rasgos eminentes de la conexión entre el principio de constitucionalidad y el derecho internacional de los derechos humanos. Todo texto constituyente de un Estado, con sus palabras escritas y generadoras, puede configurar una determinación jurídica que posea un altísimo grado de concentración y abstracción, acaso con fuerza superior a las bondades ofrecidas por la doctrina judicial o autoral.

La jerarquía es un criterio. Su aplicación provoca que una colección de entes determinados se pueda guiar por una relación de dominación (Bunge, 2001). Esa cadena de mando o gobierno en la experiencia de la humanidad, terrenal o espiritual, fundada en una jerarquía no igualitaria, es la que se elevaría como eslabón originario de la idea asumida en el derecho para su propio escalonamiento y, así, autorizar o permitir el trayecto

¹³ La Argentina, a partir de la enmienda constitucional de 1994, adoptó el paradigma de equivalencia para unas fuentes decididas y determinadas en el artículo 75 inc. 22, tratados y concordatos que, "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional". El derecho internacional de los derechos humanos ordenado en ese artículo no forma parte de la Constitución; tiene equivalente jerarquía en las condiciones allí prescritas. Por dicha razón, hay reglas de raíz y jerarquía constituyente y reglas de jerarquía constitucional; un juego de reglas que constituye una conglobación y da lugar a un verdadero sistema de la ley fundamental. Asimismo, el compromiso constituyente establecido en el artículo 75 inc. 22 determina la existencia de un interesante margen de apreciación para la autoridad estatal. Cabe destacar que desde el 22 de agosto de 1994 hasta el 21 de septiembre de 2023 el Congreso federal otorgó, además, jerarquía constitucional, en los términos del artículo citado, a otros cuatro instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (OEA), la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ONU), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (OEA).

¹⁴ El brasileño es un modelo diferente de conexión con el derecho internacional de los derechos humanos. En la Constitución de 1988 se dispuso, originariamente, en el artículo 5.LXXVII, párr. 2: "Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte". Posteriormente, en 2004, por intermedio de la Enmienda constitucional 45, se introdujo el siguiente texto como artículo 5.LXXVIII, párr. 3: "Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fuesen aprobados en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por las tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales". Así, el Congreso federal de Brasil, desde 2004, ha dictado varios "actos internacionales equivalentes a enmienda constitucional". De este modo, han ingresado a dicho mecanismo de equivalencia: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU y su protocolo facultativo (2008), el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, celebrado en el ámbito de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2015), y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2021).

desde aquello que se reputa mayor hasta aquello que se reputa inferior. Por lo pronto, los seres humanos han dedicado y destinado largos años a aprender y disfrutar de las ventajas que puede proporcionar, en general, una ordenación jurídica determinada; calificada por la supremacía de una norma o sistema de reglas que se erige como superior, con jerarquía intransigente, indubitable e indisputable por encima del resto de las normas que integran el sistema jurídico estatal, que se entienden inferiores.

La configuración de reglas constituyentes de un Estado ha contenido en su escritura –casi siempre– una regla suprema, es decir, la Constitución como norma que fundamenta la totalidad del orden jurídico, “tanto por su forma de creación, cuanto por su contenido” (Bidart Campos, 1995, p. 92). Se trata de una ley fundamental del Estado que configura un “sistema deductivo” (Alchourrón y Bulygin, 1998, p. 103), integrado por una cantidad siempre finita de enunciados básicamente regulativos que determinan una guía que propone una gama casi infinita de alternativas interpretativas sobre la conducta humana. Con las nociones de primacía¹⁵ y de fundamentalidad se creó una “suma regla”: “suprema, altísima y que no tiene superior”.¹⁶ Así, se emplaza un sistema de reglas –el constitucional– en el sistema jurídico y se lo posiciona como superior, porque ninguna será más alta que él.

Para fundamentar la primacía del sistema de reglas constitucionales, su cotización normativa descansa en su propio texto y no es preciso acudir a ninguna otra norma superior a la Constitución. La supremacía se comprende en normas puestas en la propia escritura de esta; no hay ningún supuesto, porque se trata de derecho constituyente establecido por el creador de la norma. La norma suprema instituye el fundamento para la validez de todas las normas del sistema. Es la fuente de validez de todo el derecho de raíz nativa. También opera como fuente para autorizar la validación del derecho internacional de los derechos humanos, tal como señalo más arriba, en condiciones de semejante, inferior o superior jerarquía a ella misma, en aquellos supuestos en que esa determinación resulte objeto de regulación específica.

La complejidad de los órdenes jurídicos, en razón de la constelación de fuentes, impide conocer con exactitud cuantas normas lo integran. Sin embargo, la Constitución asegura su unidad al disponer el criterio supremo que permite distinguir y validar la pertenencia de una norma a un orden jurídico; instituye la base del orden jurídico, propiamente: la unidad, porque a ella debe remontarse o escalarse la validez de todas sus normas. El acuerdo básico del poder de la ciudadanía significa que, en el escalonamiento jerárquico de las normas jurídicas, en principio, nada existe sobre la regla superior constitucional. Todo acto o norma producido o generado manifiestamente fuera del procedimiento o de

¹⁵ Sobre la supremacía normativa de la Constitución, el texto jurídico con mayor antigüedad y aún en vigor reside en la determinación establecida en el artículo VI, sección 2, de la Constitución de Estados Unidos de 1787.

¹⁶ Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, del latín *summus*.

los contenidos estipulados por ella implica una "variación" o un cambio prohibido por el propio sistema; la transgresión ocasiona una situación de disconformidad, un vicio o defecto: la inconstitucionalidad. La citada gradación jurídica ubica todas las reglas en niveles diferentes; las superiores subordinan a las inferiores, y la Constitución –la suma regla– subordina a todo el orden jurídico del Estado.

La "Constitución positiva misma" (Ross, 2018, p. 421; Valadés, 2010, pp. 48-49.),¹⁷ con su propio contenido, expresamente establecido, es la base puesta por el poder constituyente que, con su acto fundacional, permitirá identificar como derecho otras normas inferiores. El escalonamiento de la totalidad de las reglas del orden jurídico, según se lo observe desde arriba o desde abajo, empieza o culmina con ella. Pues es la regla puesta, y no debería requerir ningún presupuesto o norma fundamental externa para clausurar o fundar la totalidad del propio orden jurídico. La regla constituyente debe ser, con afirmada singularidad, la propia regla de reconocimiento por antonomasia de todo el orden jurídico estatal. La Constitución instituye el criterio básico e incontrovertible para identificar las reglas inferiores del orden jurídico estatal. Ese debe ser uno de sus más reconocidos roles relevantes.¹⁸ No debería existir elemento alguno o ficción posible como referencia por encima de la Constitución. Ella, criatura del poder político de la ciudadanía, debe cargar con su propio fundamento autorreferente.

La Constitución, al quedar instituida como la regla de reconocimiento de todo el orden estatal y sus derivaciones, deberá ser el instrumento para discernir cualquier controversia sobre la membresía de normas inferiores, porque ella es última, altísima, intangible y suprema. Sin embargo, la unidad fundamental establecida por ella es determinante pero no suficiente para asegurar la coherencia del orden jurídico. Todo el derecho, gracias su unidad, podría enhebrar una "relación con el todo" (Bobbio, 1997, p. 177). La determinación de la relación de coherencia entre sí provee la posibilidad de la unidad sistemática. Esa totalidad ordenada se obtiene por determinaciones formales y sustanciales que, alojadas en la escritura fundamental, servirán para distinguir –como ya anticipé– la membresía o pertenencia al sistema jurídico del Estado. La Constitución, por intermedio de los "límites y vínculos" (Ferrajoli, 2012, p. 11) de sus reglas, intentará planear y disciplinar, hasta cierto punto, la coherencia del orden jurídico estatal, siempre colocado a prueba por la producción y la realización del derecho inferior.

La ley suprema debería instituirse con sus enunciados de derecho como una razón anticipada para regular aquellos estados de cosas sobre la coexistencia de una ciudada-

¹⁷ Valadés entiende que un sistema normativo debe contar con una base identificable, razonable, inteligible, válida y positiva, a la que se suele apodar "norma fundamental". Esa norma básica es la Constitución, cuya fuente de validez está en la voluntad soberana de la comunidad de ciudadanos que la adopta, y a su vez esa voluntad resulta del pacto representado por la decisión de vivir asociados. En suma, una "decisión racional colectiva".

¹⁸ Para Hart (1992), la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias –reconocimiento, cambio y adjudicación– es apta para poner en evidencia la médula de un sistema jurídico estatal, pero no el todo. La regla de reconocimiento –secundaria– ocupa un papel protagónico en su teoría jurídica; es la que sirve para identificar qué normas formarían parte o no del sistema jurídico estatal.

nía integrada por personas que comparten una igualdad fundamental de pertenencia a una comunidad política y que por eso integran el pueblo de un Estado. Ella ha de ser un texto pactado y elaborado en representación de una ciudadanía plural, cuya suma aspiración consiste en establecer y desarrollar una paz social durable, estable y abarcadora. Por ello, la más alta expresión y forma inicial del derecho de un Estado la instituye su Constitución escrita. Un instrumento para el gobierno del Estado siempre creado por los seres humanos y que determina el origen de todo su orden jurídico y de las decisiones para su gradación jerárquica. En otras palabras: una ciudadanía integrada por individuos siempre igualados en libertad, quienes han de ejercer la titularidad de la dirección indubitablemente democrática de esa comunidad, que se concreta merced a los misterios de la representación política, proposición que significa un lineamiento vigoroso de esta disertación.

Declaración teórica sobre el objeto complejo "Constitución del Estado"

Esta declaración se imbrica en el ámbito de la estatalidad y en la regulación institucionalizada de la política en el interior del Estado. La tesis que postulo no aventura la disolución del Estado, ni propone que el principio de constitucionalidad solo posea implementación dentro del ámbito pergeñado por la estatalidad. Tampoco descarto una futurible constitucionalización de otros entes que no sean un Estado. Sí afirmo que sin ciudadanía no hay Constitución escrita, y sin ella no hay Estado democrático, así como también enfatizo que sin tolerancia respetuosa a sus reglas resulta imposible una convivencia pacífica.

Dentro del marco teórico propuesto, la ley suprema es la lengua de la razón para la convivencia en paz. La declaración conceptual de la Constitución concebida abstractamente como un sistema normativo, escrito, integrado por piezas que se construyen por enunciados de derecho, superior en jerarquía a cualquier otra forma del derecho estatal, es una exposición elemental que pertenece al ámbito de la teoría general de la Constitución. A continuación la defino sin atender expresamente a la regulación de un orden jurídico de un Estado concreto.

Los sistemas jurídicos estatales son sistemas normativos en cuya base o fundamento reside la regla constitucional. Se entiende por "sistema" un "objeto complejo" (Bunge, 2001) cuyas piezas se encuentran compuestas, estructuradas y garantizadas dentro de un entorno. Esta concepción debería incluir entre sus piezas la composición, la estructura y las garantías y el entorno. La composición abarca todas sus partes. La estructura consiste en las relaciones entre las piezas, incluido el entorno. Las garantías son mecanismos que protegen las piezas del sistema. El entorno se detalla en los estados de cosas que actúan sobre todas o algunas de las piezas del sistema.

Así, resalto lo que entiendo por Constitución del Estado:

– La lengua de la razón por la que se instituye la forma inicial del orden estatal, consistente en un sistema de reglas sobre todas las reglas del derecho para la concreción de procesos públicos en un determinado tiempo, espacio y comunidad de ciudadanos y ciudadanas.

– Un sistema artificial que, con sus cuatro piezas, constituye uno de los elementos primordiales del Estado, así como funda y confiere jerarquía y validez a la totalidad de su orden jurídico. Su emanación deberá provenir del poder político de la ciudadanía que integra el pueblo, representada por una autoridad, sea que se trate de la fundación o del cambio. Así, la ley fundamental ha de ser una regla instrumental, que conste en escrituras, dirigida a la ciudadanía y a los servidores públicos.

– Las escrituras del sistema de la Constitución que dispongan su "composición" han de comprender hasta cuatro partes: simples declaraciones; derechos, bienes y deberes fundamentales; el diseño del poder; y el proceso de reforma.

– El sistema ordenado por la Constitución posee garantías que instituyen mecanismos para su defensa.

– Los vínculos, enlaces y relaciones entre cada una de esas piezas, al definir la "estructura" del sistema, mostrarán las fortalezas y debilidades del tipo de Estado orientado al camino de los caminos: "la tierra prometida" de la democracia, libre de la autocracia.

– La composición, la estructura y las garantías del sistema tendrán como entorno una "sociedad abierta".

– La principal misión del instrumento consiste en la determinación y ulterior realización racional del ámbito de su obligatoria normatividad, que cierto estado de cosas deba ser: establecer y desarrollar las existencias en paz.

Las piezas del sistema

Repárese, ahora, en cada una de sus cuatro piezas.

Primera. La *composición* del sistema constitucional abarca todas sus partes: simples declaraciones; derechos, bienes y deberes fundamentales; los poderes del Estado –autoridad y control–; y la reforma del propio sistema.

Segunda. La *estructura* consiste en las relaciones entre las piezas del sistema constitucional con inclusión del entorno; queda configurada por la "democracia", entendida y prometida como forma de producción de reglas y fundadora de la legitimación del Estado. La democracia consiste en buscar y construir consensos homogéneos y perdurables. Ella comporta un método fundado en reglas de juego iguales por naturaleza para todos los ciudadanos habilitados a participar, sin secretos, a la luz del día, cuyo valor irrenunciable es el pluralismo, en tanto su ejercicio no agreda ni implique la intolerante desnaturalización y abolición del propio método democrático constitucionalmente asumido y protegido.

Las Constituciones contemplan la vía representativa para la gobernanza. Algunas de ellas albergan de modo complementario determinadas formas semidirectas que implican una participación casi sin intermediación en la decisión política. Con arreglo a la representación, en especial en el sistema presidencial típicamente sudamericano, se escoge y requiere de un líder del proceso constitucional.

El sistema de gobierno presidencial en América del Sur –guste o no guste, sea eficaz o ineficaz, contenga o no rasgos autocráticos irremediables– resulta ser el único modelo que observa concreción en las letras constitucionales de los diferentes Estados. Ningún Estado sudamericano tiene como sistema de gobierno el parlamentarismo o un presidencialismo acotado, sin degeneraciones o regenerado. Tampoco se presenta, en ninguno de los Estados sudamericanos, un Ejecutivo colegiado o un Consejo. Las disputas sobre la ejecución de las políticas públicas en la región sudamericana son indiferentes, porque solo hay un modelo: el presidencial.

Por ello, la disputa –si acaso fuese tal– consiste en comparar las atribuciones; mejor dicho, establecer qué presidente, de qué gobierno, posee mayores atribuciones. Así, los avatares del constitucionalismo en América del Sur se encuentran ligados a las diferentes formas de “cultivo” que asume el presidencialismo. La suerte del constitucionalismo –en la tipología presidencialista, más o menos absolutista– queda unida o subordinada, penosamente, al gobierno encabezado por el presidente, por aquello de que en el modelo se instituye a una persona, y solo a una, que será la que intentará liderar el proceso constitucional.

De este modo, el presidente se erige en el centro decisivo de la política nacional, y así se convierte en mucho más que un árbitro supremo. Concretamente, es un director absoluto, un “monopresidente” (Ferreyra, 2019). Eso sucede, lamentablemente, tanto en el ámbito de la Constitución de Brasil como en el de la argentina, con sus alcances respectivos. El presidente es elegido a partir de sistemas electorales mayoritarios, en cuyo proceso de confrontación el candidato que gana concentra todo el poder por períodos que a menudo contemplan el escenario de la reelección.

Los Congresos asumen diferentes modelos electorales para la representación ciudadana, y en ellos debería desarrollarse la escena principal del teatro de la democracia. Los departamentos políticos, presidente y Congreso, se integran con participación directa en comicios libres de la ciudadanía. En cambio, en la integración y composición del Poder Judicial y del Ministerio Público, así como en el control de su desempeño institucional, el cuerpo electoral no participa directamente. Esa circunstancia se encuentra vinculada a mecanismos absolutamente burocráticos, pergeñados en la mayoría de los casos por las propias letras constituyentes para la designación del magistrado y, de manera eventual, para su enjuiciamiento por mal desempeño. Así, se debilita la democracia y crece la falta de confianza en sus resoluciones, por la falta de conexión con la ciudadanía.

En el ámbito de la democracia prometida por una Constitución, se aguarda que una mayoría pueda gobernar con su plan políticamente aprobado en comicios libres, auténticos y transparentes, y que una minoría pueda llevar adelante, con libertad, sus propuestas y controles sobre el oficialismo gobernante, con la esperanza de ser mayoría en el futuro. La democracia constitucional es un todo: mayoría y minoría. Una deformación indeseada de esta se observa con el oleaje dañino que provoca la "democracia delegativa" (O'Donnell, 1997), que posee seria capacidad para ahogar la idea de representación en una comunidad. El más allá de esa deformación es la propia destrucción de la estructura democrática que ha de tener lugar cuando una "mayoría circunstancial", por el hecho de ganar unos comicios, se crea favorecida para dominar con autocracia; no hay principio que pueda revelar o justificar semejante irracionalidad hacia el abismo de la existencia comunitaria, porque el principio de la mayoría, repito, no implica jamás el dominio de la misma.

Tercera. Las garantías son mecanismos que protegen las piezas del sistema y deberían intentar la intangibilidad de la Constitución y del orden jurídico por ella determinado y autorizado. Así, con sus mecanismos, se deberían procesar, por ejemplo, la defensa de los derechos¹⁹ y bienes fundamentales, los controles entre los poderes constituidos, el control de constitucionalidad, el estándar de racionalidad, el cambio constituyente y el manejo de las emergencias en la ley fundamental.

La Constitución posee propiedades extraordinarias, únicas y supremas en el derecho, porque, entre otros estados de cosas, debe proveer a la protección de todo el derecho inferior del Estado, instrumentar todo el proceso de gobierno de una comunidad, autorizar el ingreso del derecho internacional de los derechos humanos y contemplar sus propios mecanismos para salvaguardar su integridad. Por consiguiente, con facilidad puede aseverarse que toda Constitución valdrá aquello que valgan con robusta efectividad sus propias garantías.

Cuarta. El *entorno* se detalla en los estados de cosas que actúan sobre todas o algunas de las piezas del sistema. La "sociedad abierta" (Popper, 1992, p. 195) debería ser una comunidad de seres humanos en la que cada uno posea la inmaculada naturaleza para adoptar sus "decisiones personales", en oposición y rechazo a una "sociedad cerrada", caracterizada por la magia, el totalitarismo, el seguimiento de un líder profético, o a cualquier otro modelo de sinrazón, es decir, cualquier modelo de absolutismo o concentración desmedida de poder. Aunque el entorno se instala en la periferia del sistema y, por ello, estrictamente no es una pieza, sí interfiere en la relación entre las piezas y, por ende, en la estructura del sistema.

¹⁹ Véase Ferreira Mendes, G. (2022), *Limitações dos direitos fundamentais*, en P. G. Gonet Branco y G. Ferreira Mendes, *Curso de Direito constitucional*, Saraiva e IDP.

La arquitectura de las piezas: reglas primarias, secundarias y simples enunciados. Procesos públicos

Todas las piezas del sistema constitucional se instituyen por una "trinidad de regulaciones". Las reglas primarias sobre la conducta determinan derechos, bienes y deberes fundamentales. Las reglas secundarias determinan las competencias de los órganos de los poderes públicos. Las simples declaraciones son enunciados no normativos; por ejemplo, los preámbulos de las constituciones o simples declaraciones políticas, que cobran su juridicidad por el hecho de participar del sistema normativo y pueden referirse al ámbito de la normatividad de las primarias o de las secundarias.

Así, la Constitución se puede concebir como una combinación de reglas primarias, secundarias y otros enunciados; regulaciones que instituyen, pieza por pieza, su sistema normativo. Todas esas regulaciones son finitas, porque no poseen enunciado fuera del propio establecimiento de la reglamentación que prometen con su lengua. De este modo, la lengua de la Constitución muestra la esencia de todo aquello que puede ser pensado y repensado dentro de la comunidad estatal. Desde esa inteligencia, la lengua constituyente del Estado, enunciada y normada con finitud por sus palabras generadoras, deberá proveer, merced a la deducción de sus posibilidades existenciales, a la construcción de un orden jurídico así derivado.

La Constitución, un instrumento finito, autorizará una aplicación casi "infinita" o ilimitada a partir de la instrumentación y el desarrollo de su lengua. Su realización, por acatamiento o interpretación –como se lee en el próximo apartado–, autorizará una utilización casi "infinita" o ilimitada del instrumento o "medio finito".²⁰ No ha existido una inteligencia natural que pueda concebir estados de cosas infinitos, porque su propia finitud estatuye con rigor insuperable los límites de aquello que ha de ser calculable y previsible. Las reglas constitucionales son las reglas básicas que, pensadas siempre en el momento originario, han de determinar y condicionar todo aquello que nazca directamente en razón de su regulación jurídica. Las reglas inferiores a la ley fundamental, que se crean para su desarrollo, nunca deberían existir bajo una forma o un contenido que no sea el criterio de configuración y predeterminación objetivado con justeza en los parámetros de la ley básica. Ella autoriza la creación de leyes, actos y sentencias en su desarrollo. Todas estas producciones son inferiores y determinadas, aunque parecen infinitas e ilimitadas: su validez se encuentra enclaustrada por las determinaciones establecidas en los enunciados del derecho constituyente de la ley básica.

En resumen, la Constitución es puro instrumento normativo que, con sus reglas primarias, secundarias y simples enunciados, lleva adelante procesos públicos que preten-

²⁰ Véase Von Humboldt, W. (1988), *On language: the diversity of human language-structure and its influence on the mental development of mankind*, Cambridge University Press.

den una ordenación comunitaria de la conducta humana, todo ello basado en un sistema de ideas que expresan la correspondiente cosmovisión mundana que poseen sus hacedores o creadores. El derecho de la Constitución instituye un instrumento mayor y supremo en aras de la paz, porque ella, una coexistencia ciudadana pacífica, "es potencialmente la base de todos los principios y procesos del Estado constitucional" (Häberle, 2021, p. 273).

Por "proceso público" se ha de entender una conjunción en fases sucesivas gobernadas por la forma inicial, la Constitución, porque todo en ella posee esa naturaleza: pública. La trinidad de regulaciones constitucionales debería abarcar, al menos, los siguientes procesos públicos propiamente decididos por la ley fundamental: su fuerza normativa; la génesis, el desarrollo y la dimensión de los derechos, bienes y deberes fundamentales; la configuración dividida y separada de los poderes constituidos y el control racional y efectivo de sus atribuciones; la reforma constitucional; la estructuración de la democracia; y los mecanismos para garantizar su supremacía estelar en el cielo del derecho del Estado.

Todos esos procesos se instituyen por la Constitución. Así, se convierten en instituciones que, creadas por la política constituyente, servirán para influir y decidir, en diferentes proporciones, en los ambientes y en la dimensión del Estado por ella fundados. En los procesos públicos instituidos por la Constitución descansan las posibilidades para el crecimiento, el desarrollo y la variación de la economía, el empleo, las finanzas, los negocios, las iniciativas públicas y privadas, los criterios enderezados al disfrute de los bienes sociales y comunes; en suma, el bienestar general de la ciudadanía. Sin procesos públicos institucionalizados racionalmente en la escritura fundamental, no hay comunidad política ordenada. Vivir todos solidariamente bajo una Constitución escrita o existir bajo el imperio, tan bestial como irracional, del más fuerte.²¹

Creación y acatamiento del sistema de la Constitución.

Quid sobre la realización jurisdiccional y doctrinaria

El legislador constituyente, el gran arquitecto del Estado, discute, proyecta y sanciona la "biblia política" del Estado. En la lengua del poder fundador solo ha de existir un número finito de enunciados de derecho, porque la Constitución determinará las formas del orden jurídico y, hasta cierto punto, todo su contenido. El don de esas reglas finitas, integradas en las piezas del sistema de la Constitución, autorizará que puedan deducirse de ellas, como una especie de árbol de derivación, una combinación casi ilimitada de re-

²¹ Para Häberle (2013), la interpretación de la Constitución como proceso público significa, en parte, "programa" y, en parte, también "realidad" y "actualidad" de los realizadores de toda sociedad abierta, con independencia del hecho de que dispongan o no de jurisdicción constitucional. Las ideas de los maestros como Häberle muestran una senda y, al mismo tiempo, autorizan un desarrollo, acaso, en la búsqueda de una bifurcación que acreciente sus potencialidades. Desde esa comprensión del proceso público instituido por la Constitución como "programa", sus regulaciones deberían abarcar, al menos, los procesos públicos propiamente indicados en el cuerpo principal.

gulaciones sobre las conductas humanas, cuyo objetivo máximo es buscar la paz comunitaria y, una vez conseguida, mantenerla, y, una vez mantenida, desarrollarla con alcance duradero.

El texto de la Constitución se puede desarrollar solamente en dos contextos: el de su producción y el de su realización.

El derecho constituyente del Estado, su escritura fundamental, la suma regla del orden jurídico, sola y exclusivamente puede y debe ser producida por el órgano político con competencia de la más alta estirpe, en representación de la ciudadanía. Jamás la creación de la Constitución podría o debería encajarse en fuente jurisdiccional o semejante, porque se alteraría por completo la magna idea sobre la deliberación, discusión y generación racional y democrática del derecho. La norma de normas debe crearse en Congreso o Convenciones, cuyos miembros sean elegidos directamente por la ciudadanía que integra su pueblo.

Puesta la Constitución en el mundo, en el marco de una sociedad de individuos igualmente libres y que aspiran a ser considerados socialmente iguales, cuya representación ha sido ejercida con libertad y deliberación por la autoridad constituyente y su composición ha sido fruto de elecciones auténticas, inevitablemente, desde la comprensión jurídica, deberá sobrevenir su acatamiento. No importa si se trata de la fundación o del cambio en la fuente nativa, o si su normatividad proviene de fuente supraestatal (extranjera) por la vía de la conglobación que autorice una determinada apertura al derecho internacional de los derechos humanos.

Ese acatamiento demuestra el contexto de realización tanto por los ciudadanos como por servidores públicos encargados de los poderes constituidos del Estado. Juzgo que vale la pena discutir o discernir si existe o no una obligación de cumplir con el derecho constituyente del Estado. La escritura fundamental, en tanto hecha para la organización de la república y presupuesto sostenido de la orientación democrática, ha de poseer aspiraciones de obediencia comunitaria a la fuerza normativa de sus principios y reglas.²² Para que ello suceda, obviamente, será tarea del Estado realizar y agotar hasta el máximo de sus posibilidades concretas todos los esfuerzos representables para que la ciudadanía la conozca. La obediencia al derecho de la Constitución, sea en grado de expectativa o de fuerte aspiración, trasunta un deber político ineludible del ciudadano para coexistir en la comunidad que elige para cumplir su plan de vida en paz.

No obstante, producida la norma constitucional, no todo en el mundo jurídico será puro, listo y liso acatamiento. Para distinguir de la "mera aplicación" o el "simple acatamiento", aquí me refiero, por un lado, a la "realización propia" o "interpretación judicial" de los jueces al dictar sentencias y, por otro, al "saber doctrinario" que desempeña la ciencia del

²² Juan Carlos Cassagne (2023) sostiene que los "principios son universales" y guardan estrecha relación con la ley natural. Cita como ejemplos la defensa de la vida, la dignidad de la persona, la justicia, la libertad interior y exterior, la buena fe, la razonabilidad, la tutela judicial efectiva (pp. 41-42).

derecho constitucional, que podrá asumir la forma de teoría general o dogmática, con su tarea descriptiva o valorativa.

La realización del derecho constitucional, que, según el caso, se puede cumplir por el acatamiento, la interpretación judicial o el saber doctrinario, será siempre, pues, concreción o ejecución de derecho positivamente creado. Concretamente: este derecho lo produce el poder con específicas potestades constituyentes. En Argentina, la reforma es un proceso que se inicia en el Congreso y se desarrolla en una Convención convocada al efecto. En Brasil, en cambio, la enmienda constitucional es un proceso legislativo que solamente se podrá cumplir en el Congreso nacional.

Desde el punto de vista teórico, adquiere la máxima entidad la distinción entre creación del derecho –fundación o cambio– e interpretación del derecho. La intuición de que la interpretación judicial tiene sesgos de creación –fundación o reforma– es una conjetura profundamente errada que implica postular que un pequeño fragmento del poder es superior a su todo. La totalidad es una colección de tareas sobre una ley fundamental; un estado de cosas es producir derecho –por ejemplo, con una reforma–, y otro muy distinto, interpretarlo en el ámbito ceñido por cuestión jurisdiccional objeto de controversia. Bajo ningún supuesto, la realización de la ley fundamental debería constituir el derecho constituyente del Estado, salvo que se pretenda alterar o deformar esta anatomía básica. El juez, un intérprete del derecho, debe asignar un significado a la regla constituyente, nunca crearla ni reformarla; así, el creacionismo, activismo o interpretativismo conduce a un gobierno de los jueces o una dictadura judicial reñidos por completo con la democracia constitucional.

Nótese que toda norma tiene un ámbito semántico, cuya certeza no es ni será aritmética. Hay un ejemplo muy didáctico. Colocada la norma en el mundo, se la puede comparar con un barco. Así, necesitará de prácticos para llevar una ruta marcada por expertos en puerto, y, luego, en mar libre, dependerá para seguir el rumbo propio asignado por la autoridad constituyente de las tareas idóneas del capitán y de la tripulación de la embarcación (Radbruch, 1944). ¡No cualquier rumbo! Cualquier rumbo significará el naufragio, con el extravío de la semántica propuesta por la Constitución y la negación de su naturaleza prescriptiva.

Destinatarios del sistema constituyente

La Constitución del Estado, con la totalidad de sus patrones para la conducta humana, debe elegir con precisión el ámbito de los destinatarios. En esa elección, por cierto, todas sus regulaciones institucionalizadas deben dirigirse, en principio, a todos los ciudadanos, entendida ampliamente la noción de “ciudadanía” como abarcadora de las personas que deben acatar un determinado orden estatal, con inclusión del servidor público. Este último también es un ciudadano que, como funcionario, cumple determinadas tareas estatales de modo temporario.

Es evidente que no existe un mundo exclusivo para las normas constitucionales. Estas, con sus idealidades, deben existir en la realidad de este mundo; caso contrario, serían ignoradas o desconocidas por la ciudadanía. Por lo tanto, deben ser dirigidas sobre la conducta de todas aquellas personas que integran la comunidad estatal, en el espacio en que se ejerce su soberanía y en delimitado ámbito temporal. En ese sentido, en principio, con su altísimo elevado carácter de abstracción, deberían encontrarse dirigidas a todas las personas, porque todas ellas son destinatarias de todas las normas (Kaufmann, 2020).

Los realizadores de la Constitución, por regla apodados "servidores públicos", dado que sus tareas son pagadas inevitablemente con el Tesoro del Estado, deben computar siempre que la lengua de ella no comprenderá jamás caminos infinitos para evitar la tentación habitual del abuso o el desvío del poder autorizado. La finitud de la lengua constituyente del Estado acaba cuando el servidor público, solo o arropado de su propia y vacilante voluntad o irracionalidad, corrompe los límites de la ley fundamental. Así, el instrumento finito por naturaleza se convertirá escandalosamente en la piedra infinita de un despotismo judicial, congresual o ejecutivo, que, según el caso, ejercerá el poder sin autorización del derecho.

Tristemente, las Constituciones pueden asumir un "doble rostro" (Merkl, 1993), una forma experimental que en la práctica puede atravesar todo fragmento de un orden jurídico en su realización. Las reglas de la escritura fundamental, su propia validez, en muchas ocasiones han sido –o pueden ser– aplastadas por leyes, reglamentos, hechos, actos o sentencias emanados de autoridades constituidas. Esos actos brutales quizás sean juzgados como regulares por la autoridad que los emite, motivo por el cual resulten para ella una forma del derecho incuestionable. Sin embargo, desde la comprensión de un lector objetivo –en especial, el saber doctrinario–, ese mismo derecho es manifiestamente inconstitucional y, por ende, irracional. Esa ausencia de verdadera razón demuestra que no serían actos o hechos legales compatibles con la ley fundamental, sino "monstruos" (Vico, 2009, p. 56) jurídicos insanables, dado que el mal desempeño en la interpretación constitucional es la fuente más significativa del "no derecho" y la desobediencia de la Constitución la desarrollan fatalmente, por vía regia, los servidores públicos elegidos y designados para cumplirla y obedecerla.

En una sociedad abierta, el sistema de la Constitución debería ser el resultado de la tarea mancomunada de toda la ciudadanía, jamás aquello que un presidente o un juez sospechen que debería ser con arreglo a sus voluntades o intuiciones. La ley fundamental debe ser derecho de la ciudadanía para desarrollar un *constitucionalismo ciudadano* y democrático. Repito: la lengua constituyente del Estado es una lengua para todos los ciudadanos, género en el que deberían quedar abarcados, aunque muchos no puedan comprenderlo o aceptarlo, los propios funcionarios públicos.

Inventario de la declaración teórica y su argumentación

El orden constituyente del Estado debe ser un orden emanado de la razón. Aquí sigo el axioma de Gottfried Leibniz: "*Nihil est in intellectu quod non fuerit in sensu; excipe, nisi ipse intellectus*"²³. El derecho, y en particular el derecho de la Constitución, es una invención contingente que responde a determinadas propiedades temporales y espaciales; no hay eternidad ni perpetuidad en sus ordenaciones fundacionales. Ese derecho de la Constitución debe ser una de las creaciones más elevadas e insignes, el resultado de la razón humana. La fuente de la autoridad de la ley fundamental del Estado debe ser, principalmente, la razón, con ayuda de la experiencia, nunca al revés.

Si esa autoridad voluntaria del Estado pugna duramente con la razón, no sería una ley fundamental sino una monstruosidad jurídica. La Constitución del Estado, el orden fundamental libre, democrático, positivo, escrito y normado de una comunidad, debería ser el resultado de un ejercicio de la razón para todos los estados de cosas que, con pretensiones de anticipación, previsibilidad y calculabilidad, se decida instaurar en un tiempo y un espacio determinados. El triunfo de la razón humana ha de ser la victoria de quienes razonan, antes bien que asumir cualquier experiencia acaecida o movilizadora por un experimento único y yacente en una voluntad autoritaria. Es mi tesis racional más pura y honesta, con auxilio de la experiencia.

La lectura de la declaración teórica muestra que el sistema se integra con "piezas". Asimismo, la Constitución, con el juego de cada una de las piezas de su sistema, debe ser el plan maestro que ordene todos los procesos públicos que, con su asegurada y suprema capitalidad, deberían observarse en toda producción y realización jurídica en el Estado democrático y de derecho.

Más arriba señalé que la concepción sobre el derecho determinará claramente la idea que se construya sobre la Constitución; ahora se puede dar otro paso. La idea que se posea sobre sus procesos públicos será también una determinación consecuente sobre las posibilidades de duración y desarrollo que se adviertan en la escritura fundamental del Estado. La concepción del derecho implica la idea de Constitución (Revenga Sánchez, 2019-2020). La idea y desarrollo de la escritura fundamental brindará y determinará las posibilidades de la democracia en la comunidad de ciudadanos igualmente libres.

III - COMENTARIOS FINALES

Paz y Constitución

La paz es el fin mínimo del orden jurídico determinado por una ley fundamental.²⁴ Ella

²³ Leibniz, Gottfried. *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*. Paris, Flammarion, circa 1921. ("Nada hay en el intelecto que no haya estado en los sentidos; excepto, el mismo intelecto").

²⁴ En 1872, Rudolf von Ihering lo estableció en forma determinante: "La paz es el término del derecho, la lucha es el me-

es la condición necesaria e indisponible para cualquier otro fin: libertad, igualdad o fraternidad. La ley fundamental debería instituir una procura de ordenación de la paz relativa de una comunidad. Sin embargo, la regulación consistente o perpetua de la paz ha de ser imposible o muy compleja en una sociedad con marcados índices y niveles de vulnerabilidad, exclusión, sometimiento y pobreza.

El Estado constitucional es el único instrumento que puede disponer de la razón pública y la experiencia humana –por intermedio de sus servidores públicos y ciudadanos– para procurar una determinada pacificación relativa en su comunidad ciudadana. Una paz “relativa”, para una comunidad determinada, expresión de su soberanía política y de la autodeterminación ciudadana. También “relativa” porque en el Estado constitucional no desaparece la fuerza. Precisamente, se espera que la ley fundamental instituya su primacía y regla de reconocimiento inalterable para legitimar la administración racional de la fuerza que debe concentrar y monopolizar en el Estado.

La paz, en el contexto descrito, es el estado de cosas en el que, por convicción y determinación, en un Estado constituido por una ley fundamental no se hace uso de una violencia sin regulación centralizada y monopolizada. Se trata de una fuerza legitimada en la determinación regulatoria de la ley fundamental, cuya utilización será por medio de autoridades que ejercerán su servicio con arreglo a cánones comiciales o designaciones instituidas, también, en la regla altísima y por ella.

El presente de la ley fundamental

Más arriba afirmé que la adopción de una escritura fundamental es un temperamento jurídico y político extendido en todo el planeta Tierra. Ahora aumento esa conjetura. ¿Quedan, en el tiempo presente, espacios territoriales en este mundo sin una Constitución que instituya la pretensión de validez sobre personas y estados de cosas?

Prefiero no imaginar el reemplazo de la Constitución escrita y documentada –una de las máximas expresiones de la racionalidad humana para cobijar la experiencia del coexistir ciudadano– por algoritmos o cualquier tipo, clase o conjunto de reglas emanados de la inteligencia artificial.²⁵ La fuente de toda la autoridad de esa “máquina” del tiempo que es la Constitución, su “inteligencia” natural –social, cultural, política–, reside en las soberanías individuales de cada uno de los ciudadanos y la correspondiente agregación de sus elecciones personales.

No se puede descartar que algún día del futuro de la humanidad esa autoridad política

dio para alcanzarlo” (1921, p. 2). Eugenio Raúl Zaffaroni (2017) ha dicho: “El derecho siempre es lucha y es político y, si bien la paz no se gana con guerras, no es menos cierto que se gana con luchas, que no tienen por qué ser violentas, sino también jurídicas, como la denuncia, pues nuestra herramienta es el discurso, al que todas las dictaduras temen y por eso la reprimen” (p. 40).

²⁵ Sobre los avatares que plantea la era digital, con particular inclinación a la situación en Europa, véanse las contribuciones de Balaguer Callejón (2023) y Presno Linera (2023).

comunitaria sea transferida y ejercida por cualquier forma de inteligencia artificial –semejante o superior–, y que ella tome decisiones o aconseje su adopción –total o parcialmente– por nosotros mismos. Esta hipótesis no es lejana y no está exenta de inquietud, en tanto pareciera que el uso de este tipo de instrumentos no conduce a la humanidad a un destino pleno de paz social e igualdad.²⁶ En una suerte de elogio de la inteligencia humana y su conciencia, postulo que la fuente de la autoridad debe quedar constituida para siempre, bajo algún modelo imperfecto de eternidad, en el poder que aquella es apta para producir, sustentar y cambiar en cada comunidad. Lo mismo vale, por supuesto, para la totalidad del proceso de reforma y su control racional.

Con el sistema de la Constitución y sus procesos públicos se puede procurar una paz relativa, no absoluta, ya que se priva al individuo o al grupo de individuos del empleo de la violencia sin regulación. Para ello se diseñan órganos y se les atribuyen competencias, específicas y delineadas, para ordenar la vida en la comunidad estatal. En tal sentido, la paz se puede definir como la “inexistencia” de una relación de conflicto caracterizada por el ejercicio de una violencia duradera y organizada.

Los seres humanos intentan constituir, en general por la vía de una Constitución, los fundamentos para el gobierno del tiempo y del espacio. Ese sistema contendrá, también, los lineamientos para su propio cambio, porque la vida humana que se pretende gobernar se encuentra azarosamente librada a la indeterminación y el único camino para transitarla con alguna posibilidad de cobertura mínima y racional se entronca con la determinación de la reforma. Por lo tanto, la idea sobre la ley suprema se encuentra definitivamente conectada y librada con las alternativas para su variación protocolizada. Aceptar el cambio significa admitir que las instituciones estatales pueden variar en el tiempo y en el espacio. Por ejemplo, aquello que en el pasado no era objeto de fomento o cuidado constituyente, en un nuevo presente quizá pueda convertirse en una imperiosa necesidad con una novísima regulación normativa en el marco de una reforma.

Para eso bastaría pensar en la reglamentación constituyente y definitiva de un aseguramiento racional para una alimentación básica de todas las personas; o la apertura y garantía para el acceso sin obstáculos de todos los seres humanos a las redes de internet; en ambos supuestos: significativos bienes fundamentales sociales. También debería celebrarse una regulación sobre determinados elementos de la naturaleza sustraídos al mercado y su declaración como bienes fundamentales comunes de la humanidad –agua, aire, bosques, glaciares, espacio aéreo– (Ferrajoli, 2023). Para completar esa he-

²⁶ El escritor Marc-Uwe Kling (2017) ha imaginado una “comunidad” muy especial: QualityLand. Un país optimizado y gobernado por la inteligencia artificial. El lema comunitario es que las máquinas no cometen errores. En el “futuro”, todos los problemas serán resueltos por la tecnología. Incluso, un androide, John of Us, ha sido creado para gobernar. Esta ideación, que supera otras ficciones del siglo XX, deja entrever que la humanidad se abandonaría a una invención que la superara en sus fuerzas y habilidades.

chura declarativa, las constituciones serían bienes fundamentales de naturaleza "colectiva" (Bidart Campos, 2004), en virtud de que su anclaje para la coexistencia humana resulta indiscutible, y por ello deben ser garantidas responsablemente para y por toda la ciudadanía.

Muchas veces hay ilusiones constitucionalistas (Bobbio, 1998) consistentes en que los gravísimos problemas que acucian y angustian el bienestar de la ciudadanía se resolverían con reglas jurídicas de una ley fundamental o una propuesta acerca de su cambio reglado. Nada más alejado de la realidad. Las reglas constitucionales, incluso sus variaciones, son importantísimas y necesarias, aunque no dan solución por sí mismas a los problemas estructurales o coyunturales sobre el grado de justicia social y distribución de la riqueza y el poder en una comunidad.

Apartarse y violar la Constitución también puede comportar la existencia de un "doble rostro" en el derecho del Estado, tal como se describió más arriba. Sin embargo, fuera de esas conjeturas –construcción/desarrollo y transgresión–, se puede alinear una nueva hipótesis, la "destrucción" de la Constitución del Estado. No hay democracia constitucional sin demócratas constitucionales. Así, pues, toda persona que por vía de una "habilitación" o autorización flotante fuera del orden estatal intente la "destrucción" de la Constitución deberá ser reputada como destructora del elemento por antonomasia para dotar de juridicidad al Estado. Ese autor o esos autores, con independencia y abstracción de las responsabilidades criminales que existiesen, incurrirían en el abuso y la traición más abyectos: la demolición de la muralla que ofrece la ley suprema para la autorrepresentación y el gobierno de la comunidad de individuos. Toda persona que intenta la destrucción del Estado, al mismo tiempo, demuele su Constitución, porque, como se advierte, el Estado se justifica y arraiga en una ley fundamental. Aunque es un ente artificial, somos nosotros mismos: los ciudadanos. La detonación de uno de sus elementos, la Constitución, solamente puede traer consigo la anarquía, la pérdida de la Constitución y de la paz relativa que ella promete como beneficio universal para la coexistencia de todos los seres humanos en libertad. Quien atenta o destruye el Estado, atenta o destruye la Constitución.

La Constitución, con la unidad de todas sus piezas que anudan los procesos públicos, incluida la posibilidad de cambiarla, es la escritura fundamental. Ella es una fuente normativa y canonizada para dar cauce a un modelo de democracia para una ciudadanía que aspira a la paz. Jamás debiera concebirse como un borrador soñado o un texto para consuelo. Ella debe ser el gran libro del derecho estatal, cuyas escrituras deben ser leídas, comprendidas y actuadas por la comunidad de ciudadanos que han decidido su autodeterminación en democracia y, así, afianzar su existencia y, responsablemente, incluso favorecer el desarrollo de las generaciones del porvenir.

REFERENCIAS

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1998). *Introducción a la metodología de la ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2023). *La Constitución del algoritmo*. 2ª ed. Fundación M. Giménez Abad.
- BIDART CAMPOS, G. J. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Ediar.
- BIDART CAMPOS, G. (2004). *La Constitución que dura. 1853-2003, 1994-2004*. Ediar, 2004.
- BOBBIO, N. (1997). *Teoría general del derecho*. Temis.
- BOBBIO, N. (1998). *El futuro de la democracia*. Planeta-Agostini.
- BOBBIO, N. (1998). *Autobiografía*. Taurus.
- BUNGE, M. A. (2001). *Diccionario de Filosofía*. Siglo Veintiuno.
- CALAMANDREI, P. (2011). Prefacio. En C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*. Trotta.
- CASSAGNE, J. C. (2023). *El principialismo y las fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*. Ediar.
- CYRILLO, C. (2024). *Quatro ensayos sobre constitucionalismo sul-americano*. Núcleo Interamericano de Derechos Humanos.
- FERRAJOLI, L. (2012). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. En AA. VV., *Un debate sobre el constitucionalismo*. Marcial Pons.
- FERRAJOLI, L. (2023). *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*. Trotta.
- FERREYRA, R. G. (2019). Sobre el poder ejecutivo. *Derechos en Acción*, 11.
- HÄBERLE, P. (2003). *El Estado constitucional*. UNAM.
- HÄBERLE, P. (2009). Un Derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional. *Lecciones y Ensayos*, 87.
- HÄBERLE, P. (2013). *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Tecnos.
- HÄBERLE, P. (2021). *Sobre el principio de la paz. La "cultura de la paz". El tópico de la teoría constitucional universal*. Ediar - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- HART, H. (1992). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot.
- IHERING, R. von (1921). *La lucha por el derecho*. Librería General de Victoriano Suárez.
- KAUFMANN, A. (2020). *Teoría de las normas*. Olejnik.
- KELSEN, H. (1941). The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. *Harvard Law Review*, 55(1).
- KLING, M.-U. (2017). *QualityLand*. Tusquets.
- LEIBNIZ, G. (1921). *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*. Flammarion.
- MARQUARDT, B. (2022). *Historia y teoría constitucional comparada*. T. I. Grupo Editorial Ibáñez.

- MARQUARDT, B. (2023). *El Estado constitucional en América Latina (1810-2023): Historia constitucional en perspectiva comparada*. Ediar.
- MERKL, A. J. (1993). Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes. *Gesammelte Schriften*. Duncker & Humblot.
- MORALES, E. J. (coord.) (2022). *Garantismo*. Ediar.
- O'DONNELL, G. (1997). *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*. Paidós.
- PAMPILLO BALIÑO, J. P. (2023). La tradición constitucional iberoamericana. Pasado, presente y futuro. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 17 (2).
- POPPER, K. (1992). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Paidós.
- PRESNO LINERA, M. Á. (2023). *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*. Marcial Pons.
- RADBRUCH, G. (1944). *Filosofía del derecho*. Editorial REUS.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (2019-2020). Sobre el derecho constitucional y sus fundamentos (III). El constitucionalismo de los derechos e interpretación de la Constitución. *Derechos en Acción*, 5 (14).
- ROSATTI, H. D. (2010). *Tratado de derecho constitucional*. T. I. Rubinzal Culzoni.
- ROSS, A. (2018). *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SAUSSURE, F. (2004). *Escritos sobre lingüística general*. Gedisa.
- TAPARELLI, L. (1866). *Ensayo teórico de derecho natural apoyado en los hechos*. T. I. Imprenta de Tejado.
- VALADÉS, D. (2005). *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*. UNAM.
- VALADÉS, D. (2010). El orden constitucional: reformas y rupturas. *Revista Latino-Americana de Estudios constitucionais*, 11.
- VICO, G. (2009). *El derecho universal*. Anthropos.
- WELLS, H. G. (2015). *La máquina del tiempo*. Cátedra.
- ZAFFARONI, E. R. (12 de agosto de 2017). El totalitarismo plutocrático corporativo. *Página/12*.



**LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
Y ALGUNOS DESAFÍOS PROBATORIOS**

Magali Bobbio

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 12/02/2025

Aprobado: 11/03/2025

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y ALGUNOS DESAFÍOS PROBATORIOS

THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND SOME EVIDENTIARY CHALLENGES

Por Magali Bobbio¹

Corte Penal Internacional, La Haya, Países Bajos

Resumen: El presente artículo busca ilustrar, a través de tres casos, de qué modo las características propias de la Corte Penal Internacional se traducen muchas veces en desafíos probatorios que pueden impactar en su capacidad de alcanzar con éxito el cumplimiento de su mandato de poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, prueba, Estatuto de Roma, Reglas de Procedimiento y Prueba, desafíos probatorios

Abstract: *This article aims to illustrate, through three cases, how the unique characteristics of the International Criminal Court often translate into evidentiary challenges that can impact the ICC's ability to successfully fulfill its mandate of ending the impunity of the perpetrators of the most serious crimes of international concern.*

Keywords: *International Criminal Court, Evidence, Rome Statute, Rules of Procedure and Evidence, Evidentiary Challenges*

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires). Magíster (*summa cum laude*) en Crímenes Internacionales y Criminología (Vrij Universiteit de Amsterdam). Letrada en la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional. Las opiniones expresadas son de la autora y no pueden ser atribuidas a la Corte Penal Internacional. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-0672-057X>. Correo electrónico: magali.bobbio@icc-cpi.int.

I - NATURALEZA Y JURISDICCIÓN *SUI GENERIS* DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Para poder comprender el proceso judicial ante la Corte Penal Internacional (CPI) es necesario analizar sus características, que, lejos de ser indeliberadas, fueron incluidas en su tratado constituyente, el Estatuto de Roma, cuando se negoció y adoptó². Es importante para ello entender que, a pesar de haber sido aprobado y firmado en 1998 por 65 Estados, este fue negociado y redactado también por Estados que posteriormente no fueron –y aún no son– signatarios o partes³. Por lo tanto, el Estatuto es un compromiso diplomático que incluye, entre otros, un balance entre distintos sistemas jurídicos como el *common law* de los países anglosajones y el derecho civil, o romano-germánico. Esta amalgama jurídica hace de la CPI un tribunal con un proceso penal *sui generis*, que se distingue de cualquier otro tribunal nacional o internacional.

La Corte es un tribunal penal internacional permanente e independiente. Al ser permanente, su jurisdicción, contrario a la de los tribunales *ad hoc* que la precedieron, no está limitada a futuro. En otras palabras, tiene el poder de juzgar delitos cometidos a partir de la entrada en vigor del Estatuto, el 1º de julio de 2002. Al ser independiente, es una organización internacional autónoma, que no depende –al menos en términos jurídicos– de ninguna otra organización –como la Organización de las Naciones Unidas– o Estado. Sin embargo, y a pesar de tener una vocación y misión universales, ha sido desde su creación un tribunal limitado al número de Estados partes y a la cooperación voluntaria de estos.

La CPI está conformada por tres órganos principales: las Salas, la Fiscalía y la Secretaría. Las Salas están compuestas por dieciocho magistrados elegidos por la Asamblea de los Estados Partes por un periodo de nueve años. Sin embargo, el recambio de los magistrados no se da de manera simultánea, por lo que cada tres años hay rotación de seis magistrados. Estos deben ser elegidos tomando en cuenta la representación geográfica equitativa, el balance de género y los distintos sistemas jurídicos. Esta diversidad pionera de la CPI conlleva un reto, pues la interpretación y aplicación de las normas del Estatuto puede ser tan variada como la nacionalidad, la cultura, el idioma y otros valores del juez o la jueza. Los magistrados deben tener experiencia ya sea en derecho penal, procesal penal o internacional público, humanitario o derechos humanos, pero además el Estatuto provee que la tengan en temas específicos, tales como la violencia sexual y de género, la violencia contra los niños y niñas, entre otros (art. 38).

Además de ser *sui generis* o híbrido, el proceso penal en la CPI depende de la cooperación de los Estados partes, a saber, contiene atribuciones singulares, por ejemplo, para la ejecución de órdenes judiciales, incluidas aquellas destinadas a la recepción de prueba.

² Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998.

³ Actualmente la CPI tiene 125 Estados partes. La lista actualizada se encuentra en: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx.

II - EL DERECHO APLICABLE

El artículo 21 del Estatuto codificó por primera vez el derecho aplicable en un proceso penal internacional (McAuliffe de Guzman, 2008, p. 703, como se citó en Chamberlain, 2015, p. 44). Esta norma establece la jerarquía de las fuentes de derecho de la CPI. Por lo tanto, cualquier alegato de las partes o decisión de la Corte, incluida la valoración de la prueba, deberá basarse en las fuentes establecidas.

En primer lugar se aplicará el Estatuto, que tiene primacía, seguido de los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPE).

El Estatuto es un tratado internacional complejo, que contiene normas típicamente orgánicas, normas del derecho sustantivo, así como normas del derecho procesal penal. Además, debido a que el funcionamiento de la Corte depende de la cooperación de los Estados partes, contiene también normas de cooperación internacional. Para efectos del presente artículo –y en particular la obtención, presentación y evaluación de la prueba en la CPI–, son las normas procesales penales del Estatuto las de mayor relevancia.

La Corte tiene además otras fuentes del derecho propias, pero todas subordinadas al Estatuto. Los Elementos de los Crímenes y las RPE ahondan más y especifican la norma general de derecho penal sustantivo (Elementos de los Crímenes) y la de derecho procesal penal (RPE) del Estatuto. Por ejemplo, en materia de valoración de la prueba, la regla 70 de las RPE establece los principios de la prueba en casos de violencia sexual: el consentimiento no se puede inferir.

Mientras que los Elementos de los Crímenes y las RPE solo pueden ser enmendados por la Asamblea de los Estados Partes, el plenario de jueces de la Corte ha adoptado y puede modificar otros instrumentos jurídicos internos, tales como el Reglamento de la Corte y el Reglamento de la Secretaría. Estos instrumentos son útiles para la interpretación y aplicación concreta de las normas anteriores.

En segundo lugar, cuando proceda, la Corte podrá aplicar los tratados internacionales y los principios y normas de derecho internacional, incluidos los del derecho internacional humanitario. Además, podrá aplicar los principios generales de derecho derivados del derecho interno, siempre y cuando no sean incompatibles con el Estatuto. La jurisprudencia de la Corte ha establecido que estas son fuentes jurídicas suplementarias, y por lo tanto solo son aplicables cuando en el Estatuto exista una laguna jurídica⁴.

No obstante, los tratados internacionales de derechos humanos, particularmente aquellos que contienen normas de derechos humanos internacionalmente reconocidos, son de aplicación obligatoria, incluso por encima del mismo Estatuto. Esto, según el pá-

⁴ CPI, Sala de Apelaciones, "Situación en la República Democrática del Congo", 13 de julio de 2006, sobre la solicitud del fiscal para revisión extraordinaria de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares del 31 de marzo de 2006 denegando el permiso para apelar, ICC-01/04-168, párrs. 33-42.

rrafo 3º del art. 21 del Estatuto, que estipula que la “aplicación e interpretación del derecho... deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

III - LA PRÁCTICA JUDICIAL. EL DERECHO EN ACCIÓN

La presente sección tiene como objetivo ilustrar el modo en el que el derecho aplicable en materia probatoria es aplicado por las y los magistrados de la CPI. Los ejemplos que serán abordados a continuación demuestran, entre otras cosas: la importancia de la cooperación de los Estados con la CPI en la recolección, protección y preservación de la prueba –situación en Kenia–; las dificultades inherentes para probar más allá de toda duda razonable ciertos hechos materiales, tales como la edad de niños soldados –casos Lubanga y Ntaganda–; y la divergente jurisprudencia existente en ciertos aspectos fundamentales en materia probatoria –caso Gbagbo/Blé Goudé–.

Situación de Kenia

El primero de los ejemplos corresponde a los casos que surgieron a raíz de la primera investigación *motu proprio* llevada adelante por la Fiscalía en la situación de Kenia relativa a hechos de violencia presuntamente ocurridos inmediatamente después de las elecciones presidenciales, en 2007-2008, contra miembros de los grupos étnicos percibidos como opositores por los señores Uhuru Muigai Kenyatta y William Samoei Ruto, quienes durante 2007 habían estado en bandos políticos opuestos. Se alegó en este caso que más de 1.000 personas murieron, que hubo más de 900 actos documentados de violación y violencia sexual, aproximadamente 350.000 personas fueron desplazadas y más de 3.500 resultaron gravemente heridas⁵. Es de público conocimiento que posteriormente ambos hombres formaron una alianza para las elecciones de 2013 y fueron elegidos presidente y vicepresidente respectivamente.

Como consecuencia de la investigación llevada a cabo por la Fiscalía se abrieron dos casos, uno contra Uhuru Muigai Kenyatta, Francis Kirimi Muthaura y Mohammed Hussein Ali, y otro contra William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang. Ambos culminaron sin condena⁶. Al conocerse la decisión de la Sala de Primera Instancia V(A) de hacer lugar al pedido de absolución perentoria presentado por la defensa de William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang, la entonces fiscal Fatou Bensouda emitió un comunicado de prensa en el que hizo referencia a los numerosos obstáculos que se pre-

⁵ Véase, en este sentido, la información disponible en la página web oficial de la CPI: <https://www.icc-cpi.int/kenya>.

⁶ Los cargos contra Henry Kiprono Kosgey y Mohammed Hussein Ali no fueron confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares. Los cargos contra Uhuru Muigai Kenyatta y Francis Kirimi Muthaura fueron retirados por la Fiscalía. El caso contra William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang fue terminado por la Sala de Primera Instancia como consecuencia de una moción de absolución perentoria.

sentaron en materia probatoria en los casos en los que se investigaron crímenes cometidos durante los hechos violentos luego de las elecciones⁷. En tal declaración se refirió en particular a dos de los desafíos presentados en el caso: intimidación a testigos, la cual hizo que muchos testigos se negaran a testificar o que aquellos que ya habían prestado testimonio retiraran sus dichos inculpativos; y falta de cooperación de Kenia, la cual, según la fiscal, impactó negativamente en la recolección de prueba relevante. A continuación se discuten con más detalle ambas cuestiones.

- Presunta intimidación de testigos

Con respecto a la primera cuestión, la fiscal se refirió a lo que denominó "una incansable campaña" para identificar a las personas que pudieran servir como testigos de la Fiscalía y asegurarse de que no testificaran. Indicó que tal campaña habría comenzado al inicio de la investigación en Kenia, se habría intensificado en las semanas previas al inicio del juicio contra William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang y habría continuado a lo largo de todo el caso. De acuerdo con Bensouda, como resultado de tales maniobras algunos posibles testigos indicaron que tenían demasiado miedo para comprometerse a testificar contra el acusado, mientras que los que inicialmente habían dado cuenta de lo que vieron durante el período postelectoral se retractaron de sus pruebas y se negaron a seguir cooperando con la Corte.

En cuanto a las maniobras utilizadas, la fiscal se refirió, entre otras cosas, a sucesos en los cuales, durante discursos de políticos locales y líderes comunitarios, se tildó de mentirosos a los testigos de la Fiscalía, acusándolos de presentar prueba falsa. Señaló también que, en las redes sociales, blogueros anónimos participaron en un flujo constante de especulaciones sobre la identidad de los testigos protegidos. Esta especulación con frecuencia se convirtió en comentarios mordaces sobre los motivos de los testigos para cooperar con la Corte.

A efectos de contrarrestar los efectos perjudiciales de la presunta campaña de intimidación de testigos, la fiscal presentó cargos por presuntos delitos contra la administración de justicia (art. 70 del Estatuto) contra tres individuos. Sin embargo el proceso contra uno de ellos se cerró como consecuencia de su fallecimiento repentino⁸, mientras que los otros dos individuos no han sido aún arrestados y ni entregados a la Corte⁹.

La Fiscalía buscó también avenidas legales que le permitieran apoyarse sobre los

⁷ "Declaración de la fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, sobre la decisión de la Sala de Juicio de retirar los cargos contra los señores William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang sin perjuicio de su persecución en el futuro", 6 de abril de 2016, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-160406>.

⁸ CPI, "El Fiscal c. Paul Gicheru", ICC-01/09-01/20, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/kenya/gicheru>.

⁹ CPI, "CPI c. Phillip Kipkoech Bett", ICC-01/09-01/15, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/kenya/bett> "El Fiscal c. Walter Osapiri Barasa", ICC-01/09-01/13, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/kenya/barasa>.

dichos incriminatorios de aquellos testigos que ya no estaban dispuestos a testificar de manera oral ante la CPI. Con respecto a los que se negaban a comparecer ante la CPI a declarar, logró que la Sala de Apelaciones confirmara la decisión de primera instancia que había concedido el pedido de la fiscal de obligar a los testigos a comparecer a testificar, ya sea en la sede de la CPI, *in situ* o por medio de un enlace de video. La pregunta que se había presentado era: ¿se puede obligar a los testigos a comparecer ante la CPI? A juicio de la Sala de Apelaciones, el artículo 64.6.b del Estatuto otorga expresamente a las salas de primera instancia la facultad de obligar a los testigos a comparecer ante ellas, creando así una obligación legal para las personas interesadas. Asimismo, consideró que de conformidad con el artículo 93(1) (b) del Estatuto, la CPI puede solicitar a un Estado Parte que obligue a los testigos a comparecer ante la CPI, ya sea en la sede de la misma en La Haya, *in situ* en el territorio del Estado Parte o por medio de un enlace de video¹⁰.

La pregunta que se había presentado era: ¿se puede obligar a los testigos a comparecer ante la CPI? A juicio de la Sala de Apelaciones, el artículo 64.6.b del Estatuto¹¹ otorga expresamente a las salas de primera instancia la facultad de obligar a los testigos a comparecer ante ellas, creando así una obligación legal para las personas interesadas¹². Asimismo, consideró que de conformidad con el artículo 93(1) (b) del Estatuto¹³, la CPI puede solicitar a un Estado Parte que obligue a los testigos a comparecer ante la CPI, ya sea en la sede de la misma en La Haya, *in situ* en el territorio del Estado Parte o por medio de un enlace de video¹⁴.

Por último, la fiscal solicitó a la Sala de Primera Instancia que admitiera la prueba inicial de esos testigos, de conformidad con la regla 68 enmendada de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte. Sin embargo, en esta ocasión la Sala de Apelaciones revocó la decisión de primera instancia que había otorgado el pedido por motivos no vinculados con el fondo de la moción sino de procedimiento. En esa instancia, la Sala de Apelaciones analizó la posibilidad de aplicar de manera retroactiva la regla 68, que es la norma que permite admitir como evidencia declaraciones escritas previas hechas por testigos que, por diferentes razones, incluso motivos vinculados a interferencia o amenazas, no

¹⁰ CPI, "El Fiscal c. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang", 9 de octubre de 2014, sobre las apelaciones de William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang contra la decisión de la Sala de Juicio V (A) del 17 de abril de 2014, titulada "Decisión sobre la solicitud del fiscal para citaciones de testigos y la consiguiente solicitud de cooperación de los Estados Partes", ICC-01/09-01/11-1598.

¹¹ "Ordenar la comparecencia y la declaración de testigos y la presentación de documentos y otras pruebas recabando, de ser necesario, la asistencia de los Estados con arreglo a lo dispuesto en el presente Estatuto".

¹² CPI, "El Fiscal c. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang", 9 de octubre de 2014, sobre las apelaciones de William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang contra la decisión de la Sala de Juicio V (A) del 17 de abril de 2014, titulada "Decisión sobre la solicitud del fiscal para citaciones de testigos y la consiguiente solicitud de cooperación de los Estados Partes", ICC-01/09-01/11-1598, párr. 1º.

¹³ "Practicar pruebas, incluidos los testimonios bajo juramento, y producir pruebas, incluidos los dictámenes e informes periciales que requiera la Corte".

¹⁴ *Ibid.*, nota 12, párr. 2º.

se presentan a prestar testimonio oral. Sostuvo en este sentido que la norma había sido aplicada de modo retroactivo y perjudicial para los acusados, y por lo tanto no podía aplicarse. Observó que el artículo 68 fue enmendado por la Asamblea de los Estados Partes el 27 de noviembre de 2013 y el juicio había comenzado el 10 de septiembre de 2013, por lo que era perjudicial en el sentido de que la desventaja, pérdida, daño o perjuicio al imputado causado por su solicitud afectó negativamente la posición general de William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang en el proceso iniciado en su contra¹⁵.

- Falta de cooperación de Kenia en la recolección de prueba

Con respecto a la falta de cooperación por parte de Kenia, en el mismo comunicado de prensa al que se hizo referencia, la fiscal indicó que, a pesar de las reiteradas promesas de cooperación, el Gobierno de Kenia solo brindó asistencia selectiva a la Fiscalía. Tal como se expuso, la cooperación de los Estados partes resulta crucial para que la CPI pueda ejecutar su mandato de poner fin a la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Debido a que no cuenta con policía ni territorio propio, la cooperación estatal resulta particularmente fundamental para el acceso y la recopilación de evidencia.

En este contexto, la falta de cooperación de Kenia tuvo como resultado que la fiscal no tuviera acceso completo a documentos y registros que podrían quizás haber tenido valor probatorio o arrojar más luz sobre la verdad en el caso contra Uhuru Kenyatta. En este sentido, buscó y logró que los jueces de la CPI constataran el incumplimiento por parte de Kenia de su obligación de cooperar y remitieran el asunto a la Asamblea de los Estados Partes para que adoptase las medidas pertinentes. Si bien el proceso fue largo, dado que la decisión inicial de la Sala de Primera Instancia fue revocada por la Sala de Apelaciones y remitida a la Sala de Primera Instancia para que se emitiera una nueva decisión¹⁶, esta determinó finalmente que Kenia había en efecto incumplido sus obligaciones de cooperar con la CPI y correspondía remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes para que adoptase las medidas pertinentes¹⁷.

En su decisión, la Sala de Primera Instancia recordó que la postura adoptada por el Gobierno de Kenia no cumplió con el estándar de cooperación de buena fe requerido por el

¹⁵ CPI, Sala de Apelaciones, "Fiscal c. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang", 12 de febrero de 2016, sobre las apelaciones de William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang contra la decisión de la Sala de Juicio V (A) del 19 de agosto de 2015, titulada "Decisión sobre la solicitud del fiscal para la admisión de testimonio previamente registrado", ICC-01/09-01/11-2024.

¹⁶ CPI, Sala de Apelaciones, "El Fiscal c. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang", 19 de agosto de 2015, sobre la apelación del fiscal contra la decisión de la Sala de Juicio V (B) del 19 de agosto de 2015, titulada "Decisión sobre la solicitud del fiscal para una constatación de incumplimiento bajo el artículo 87(7) del Estatuto", ICC-01/09-02/11-1032.

¹⁷ CPI, Sala de Juicio V (B), "El Fiscal c. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang", 19 de septiembre de 2016, segunda decisión sobre la solicitud del fiscal para una declaración de incumplimiento bajo el artículo 87(7) del Estatuto, ICC-01/09-02/11-1037.

Estatuto. Según la Sala, la falta de cooperación impidió a la CPI ejercer sus funciones y atribuciones en virtud del Estatuto. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 87.7¹⁸, remitió el asunto a la Asamblea de los Estados Partes, dado que "estarían en la mejor posición para abordar la falta de cooperación, a fin de proporcionar un incentivo para que el Gobierno de Kenia coopere con la Corte".¹⁹ La Sala agregó que, en general, la falta de cooperación de buena fe por parte de un Estado parte, tal como quedó demostrado en el caso de Kenia, podía tener un impacto grave en el funcionamiento de la Corte en procesos futuros.²⁰

Casos contra Thomas Lubanga Dyilo y Bosco Ntaganda

El segundo ejemplo ilustrativo de problemáticas en torno a cuestiones probatorias frente a la CPI incluye en realidad dos casos que, si bien se enjuiciaron en momentos diferentes, conciernen hechos vinculados al reclutamiento y uso de niños soldados por parte del grupo armado al cual pertenecían ambos acusados durante el mismo período y en el mismo territorio. Mientras que Thomas Lubanga Dyilo fue el presidente y comandante en jefe del movimiento rebelde conocido como Unión de Patriotas Congoleños (UPC) y de su ala militar, las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC), Bosco Ntaganda era el subjefe de Estado Mayor de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo. La UPC/FPLC, como grupo armado organizado, participó en un conflicto armado interno contra la Ejército Popular Congolés y otras milicias lendu, incluido el Frente de Resistencia Patriótica de Ituri, entre septiembre de 2002 y 13 de agosto de 2003.

Mientras que Thomas Lubanga Dyilo fue condenado a catorce años de prisión por los crímenes de guerra de alistamiento, reclutamiento y uso activo de niños soldados en hostilidades, Bosco Ntaganda fue condenado a treinta años por varios crímenes de guerra y de lesa humanidad, incluidos los crímenes de guerra de alistamiento, reclutamiento y uso de niños soldados en hostilidades.²¹

- Establecer más allá de toda duda razonable la edad de los niños soldados

En los casos presentados contra Thomas Lubanga Dyilo y Bosco Ntaganda, el plexo probatorio sobre el cual se basaron los hallazgos de hecho concernientes a la edad de los

¹⁸ "Cuando, en contravención de lo dispuesto en el presente Estatuto, un Estado Parte se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con el presente Estatuto, esta podrá hacer una constatación en ese sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si este le hubiese remitido el asunto".

¹⁹ CPI, Sala de Juicio V (B), "El Fiscal c. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang", 19 de septiembre de 2016, segunda decisión sobre la solicitud del fiscal para una declaración de incumplimiento bajo el artículo 87(7) del Estatuto, ICC-01/09-02/11-1037, párr. 38.

²⁰ *Ibid.*, párr. 35.

²¹ Véanse: <https://www.icc-cpi.int/CasInformationSheets/NtagandaEng.pdf> y <https://www.icc-cpi.int/CasInformationSheets/LubangaEng.pdf>.

niños soldados consistió principalmente en: prueba de videos, donde los propios jueces pudieron estimar la edad sobre base de facciones, porte y demás características físicas de los niños; las estimaciones hechas por testigos a los cuales también se les presentó prueba de videos; estimaciones hechas por testigos que presenciaron hechos que involucraban niños soldados; y evidencia documental –partidas de nacimiento, registros de escuelas, etcétera–. En ninguno de los dos casos la Fiscalía presentó prueba forense.

Algunos aspectos importantes en términos probatorios que fueron establecidos en estos casos por la Sala de Apelaciones merecen ser resaltados. En primer lugar, sostuvo que el artículo 8.2.e.vii del Estatuto no requiere que la edad específica del niño soldado sea establecida, bastando en este sentido con establecer más allá de toda duda razonable que la persona tenía menos de quince años al momento de los hechos.²² La cuestión de si tal hallazgo puede ser establecido en circunstancias donde la identidad y fecha exacta de nacimiento de la víctima son desconocidas es una cuestión de hecho y debe decidirse caso por caso teniendo en cuenta los hechos y circunstancias específicos del caso y de la persona en cuestión.

En ambos casos, la Sala de Apelaciones confirmó las decisiones de las salas de primera instancia, en tanto las mismas habían determinado que los niños soldados eran menores de quince años sobre la base de videos y estimaciones hechas por testigos. Se resaltaron, sin embargo, en este sentido, dos cuestiones importantes en términos probatorios. En cuanto a la prueba de video, en ambos casos se resaltó la necesidad de aplicar un enfoque cauteloso conforme el cual tal evidencia puede servir de base cuando los presuntos niños soldados que aparecen en las imágenes son clara o manifiestamente menores de quince años.²³ Con respecto a estimaciones de edad hechas por testigos, la Sala de Apelaciones indicó que, si bien pueden servir como base probatoria, debe ser clara la base de tal estimación –por ejemplo, si el testigo estima la edad sobre la base de una comparación con su propia edad, sobre la base del aspecto físico de la persona, etcétera–.²⁴

Caso contra Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé

El tercer caso concierne la situación en la República de Costa de Marfil. La investigación se centró en presuntos crímenes de lesa humanidad cometidos durante la violencia postelectoral de 2010-2011,²⁵ que estalló después de que se disputaran los resultados de

²² CPI, Sala de Apelaciones, "El Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo", 1º de diciembre de 2014, sobre la apelación de Thomas Lubanga Dyilo contra su condena, ICC-01/04-01/06-3121-Red, párr. 198.

²³ *Ibid.* párr. 222. CPI, Sala de Apelaciones, "El Fiscal c. Bosco Ntaganda", 30 de marzo de 2021, sobre las apelaciones de Bosco Ntaganda y el fiscal contra la decisión de la Sala de Juicio VI del 8 de julio de 2019 titulada "Sentencia", ICC-01/04-02/06 A A2, párr. 769. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_03027.PDF.

²⁴ CPI, Sala de Apelaciones, "El Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo", párr. 241. CPI, Sala de Apelaciones, "El Fiscal c. Bosco Ntaganda", párr. 785.

²⁵ Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/cdi>.

las elecciones presidenciales entre los opositores Laurent Gbagbo y Alassane Ouattara. Conforme la acusación fiscal, los ataques dirigidos contra la población civil de Costa de Marfil eran generalizados y sistemáticos, e incluían, por ejemplo, redadas contra el cuartel general de la parte contraria, uso excesivo de la fuerza en zonas densamente pobladas para dispersar a los manifestantes y personal militar, la instalación de barricadas y puestos de control, en los que presuntamente se produjeron homicidios. De acuerdo con la entonces fiscal, los hechos fueron a gran escala y aproximadamente un millón de personas fueron desplazadas, habiéndose también llevado a cabo detenciones arbitrarias generalizadas, desapariciones e incidentes de violación.

Laurent Gbagbo –ex presidente de la República de Costa de Marfil– y Charles Blé Goudé –ex líder juvenil acusado de liderar una milicia que respaldaba a Laurent Gbagbo– fueron acusados de cuatro cargos de crímenes de lesa humanidad, incluidos asesinato, violación y otros actos inhumanos, o, alternativamente, intento de asesinato y persecución.²⁶

En términos probatorios, la Fiscalía presentó 4.610 elementos de prueba documental, se dedicaron 231 días de audiencia a la presentación de prueba de la Fiscalía y 82 personas testificaron ante la Corte.²⁷ Las pruebas incluyeron, entre otras cosas, testigos presenciales, testimonios internos, testigos periciales, documentos, videos, fotos, grabaciones de audio, exhibiciones físicas y pruebas forenses. Ambos acusados fueron absueltos en primera instancia, y la decisión fue confirmada en apelación. Tanto la decisión de primera instancia como la decisión en apelación fueron emitidas por mayoría.²⁸

Tal como quedó demostrado por las varias y diversas opiniones emitidas por los magistrados que intervinieron a lo largo de sus diferentes instancias²⁹, el caso contra Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé estuvo caracterizado por diferencias en el enfoque a importantes cuestiones probatorias. A continuación se señalarán algunas de esas cuestiones sobre las cuales ha habido variadas interpretaciones de la normativa aplicable.

- Sistema de evaluación de la prueba: atomista vs. holístico

En términos del modo en el que se evalúa la prueba, la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional se ha encontrado dividida entre aquellos que adoptan un sistema más atomista frente a los que prefieren una evaluación holística de la evidencia. El caso contra Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé no fue una excepción.

²⁶ Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude>.

²⁷ CPI, Sala de Juicio I, "El Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé", 16 de julio de 2019, razones del juez Geoffrey Henderson, ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 32.

²⁸ La decisión absolutoria de la Sala de Primera Instancia fue emitida por los jueces Tarfusser y Henderson con una disidencia de la jueza Herrera Carbucciona (<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1470>). La decisión de la Sala de Apelaciones que confirmó la absolución fue emitida por los jueces Eboe-Osuji, Morrison y Hofmanski con disidencias de las juezas Ibáñez Carranza y Bossa (<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1583>).

²⁹ CPI, Sala de Apelaciones, "El Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé", 31 de marzo de 2021, sobre la apelación del fiscal contra la decisión de la Sala de Juicio I sobre las mociones de falta de caso para responder, ICC-02/11-01/15-1400, párrs. 13, 24 y 26.

Ahora bien, corresponde primero explicar a que nos referimos cuando definimos un enfoque como atomista u holístico. La Sala de Apelaciones aclaró esta distinción, al mismo tiempo que en el propio caso de Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé se inclinó por el sistema de evaluación holística de la prueba. Sostuvo que, al determinar los hechos, la Sala de Primera Instancia debe llevar a cabo una evaluación holística de la evidencia en el sentido de evaluar las pruebas pertinentes de forma conexa y ponderarlas en su conjunto en relación con el hecho en cuestión.³⁰ Aclaró que es esta la evaluación de la prueba que debe hacerse en lugar de evaluar piezas de evidencia sin considerar el resto del plexo probatorio relevante. También relevante, indicó que en su revisión de cualquier decisión impugnada sobre la base de presuntos errores de hecho consideraría la validez de los hechos impugnados de manera holística a la luz de otros hallazgos de hecho relevantes.³¹

En su opinión disidente, la jueza Herrera Carbuccia sostuvo que la evidencia no se materializa de manera aislada y por lo tanto no se puede analizar de ese modo, correspondiendo, por el contrario, que se la evalúe en el contexto de todas las pruebas y circunstancias del juicio.³² Asimismo, en el contexto de la apelación presentada por la fiscal contra la absolución de Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé, uno de los principales argumentos tanto de la Fiscalía como de las víctimas fue el presunto error de la Sala de Primera Instancia por no haber adoptado un enfoque holístico de la evidencia y, en particular, no haber evaluado elementos de prueba individuales y hechos específicos a la luz de todo el plexo probatorio.³³ En su opinión disidente, la jueza Ibáñez criticó también el hecho de que los jueces que conformaron la mayoría de la Sala de Primera Instancia no hubieran evaluado la evidencia de manera holística.³⁴

Finalmente, corresponde aclarar que en el caso de Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé la decisión de la Sala de Apelaciones de confirmar la absolución de los acusados estuvo íntimamente vinculada al modo en el que la Fiscalía presentó su apelación, donde se limitó a plantear dos presuntos errores de derecho –y ninguno de hecho– vinculados al instituto de mociones de absolución perentoria. Resulta entonces claro que el modo en el que se evalúa la evidencia continúa siendo un tema abierto y de mucho interés para los casos ante la CPI, donde generalmente el plexo probatorio es amplio y complejo.

³⁰ *Ibid.*, párr. 67.

³¹ *Ibid.*, párr. 71.

³² CPI, Sala de Juicio I, "El Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé", 16 de julio de 2019, opinión disidente del juez Herrera Carbuccia, ICC-02/11-01/15-1263-AnxC-Red, párr. 29.

³³ CPI, "El Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé", versión pública adicionalmente redactada del "Documento de Apoyo a la Apelación de la Fiscalía", ICC-02/11-01/15-1277-Conf, 15 de octubre de 2019, ICC-02/11-01/15-1277-Red2, 30 de abril de 2021 párrs. 134, 159; CPI, Sala de Apelaciones, "Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé", 31 de marzo de 2021, sobre la apelación del fiscal contra la decisión de la Sala de Juicio I sobre las mociones de falta de caso para responder, ICC-02/11-01/15-1400, párr. 283.

³⁴ CPI, Sala de Apelaciones, "Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé", opinión disidente del 31 de marzo de 2021 de la jueza Luz del Carmen Ibáñez Carranza sobre la sentencia de la apelación del fiscal contra el veredicto oral de la Sala de Juicio I del 15 de enero de 2019 con razones escritas emitidas el 16 de julio de 2019, ICC-02/11-01/15-1400-Anx4-Red, párrs. 236, 275.

Corroboración y evaluación de posibles inconsistencias y discrepancias en testimonios

Las Reglas de Procedimiento y Prueba establecen que las salas no requerirán "corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual" (regla 66.3). En el caso bajo estudio, la Sala de Apelaciones sostuvo que los jueces gozan de una amplia discreción para evaluar las inconsistencias en la evidencia y para decidir si es necesaria la corroboración. Indicó además que no es necesario que diferentes testimonios sean idénticos en todos los aspectos ni que describan el mismo hecho de la misma forma, dado que cada testigo presenta lo que ha visto desde su propio punto de vista en el momento de los sucesos, o de acuerdo con cómo entendió los hechos relatados por otros. En consecuencia, si bien los testimonios no tienen por qué ser idénticos en todos los aspectos, deben confirmar, incluso de diferentes maneras, el mismo hecho.³⁵

La pregunta que surge entonces es: ¿qué se entiende por mismo hecho? Y corresponde quizás aquí recordar que existe una distinción entre los hechos materiales que deben probarse más allá de toda duda razonable, es decir, aquellos sobre los que se apoya la condena, y los denominados por algunos como hechos subsidiarios, esto es, aquellos en los que se basa el fiscal como parte de su argumentación en apoyo de los cargos y, como tales, que son funcionalmente "evidencia".³⁶

Desde la academia se han emitido ciertas críticas a lo que se ha denominado "corroboración puntillista" en el caso de Gbagbo y Blé Goudé, entendida como un requisito de que la evidencia vinculada a mismos hechos debe corroborarse en todos los aspectos de su contenido.³⁷ La mayoría de los jueces de primera instancia cuestionan, por ejemplo, la posibilidad de que diferentes incidentes puedan corroborarse entre sí, porque son "eventos discretos" que involucran a "diferentes perpetradores".³⁸

En cuanto al tratamiento de ciertas discrepancias identificadas en los testimonios, resulta también interesante ilustrar los diferentes y opuestos enfoques adoptados por los magistrados y magistradas. Por ejemplo, la Sala de Primera Instancia no tuvo por probado el disparo de proyectiles de mortero, debido a inconsistencias sobre quién instaló los morteros y cuántas piezas había.³⁹ En este sentido, en su opinión disidente en apelaciones, la jueza Ibáñez sostuvo que, si bien hubo algunas discrepancias entre los testimonios de los testigos sobre, entre otras cosas, la hora y el lugar precisos de la presencia de

³⁵ CPI, Sala de Apelaciones, "El Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé", 31 de marzo de 2021, sobre la apelación del fiscal contra la decisión de la Sala de Juicio I sobre las mociones de falta de caso para responder, ICC-02/11-01/15-1400, párr. 357.

³⁶ Véase, en este sentido, "Chamber's Practice Manual", actualizado en noviembre de 2019, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/191129-chamber-manual-eng.pdf>, párrs. 35-36.

³⁷ Véase, por ejemplo, Robinson (2019).

³⁸ CPI, Sala de Juicio I, "Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé", 16 de julio de 2019, razones del juez Geoffrey Henderson, ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 1388.

³⁹ *Ibid.*, párr. 1811.

morteros de 120 mm antes del 17 de marzo de 2011, estos fueron generalmente consistentes en lo que respecta a las alegaciones fácticas de que los morteros fueron entregados a Camp Commando antes del 17 de marzo de 2011 y estuvieron presentes allí alrededor de la fecha del incidente. Y observó que, dada la coherencia entre los testimonios, las discrepancias no fueron suficientes para restarle credibilidad al contenido de los mismos.⁴⁰

IV - CONCLUSIONES

Debido a la naturaleza híbrida y *sui generis* de la Corte Penal Internacional, su jurisprudencia y práctica en relación con la admisión de la prueba no siempre ha sido constante, e incluso, en algún punto, ha sido disidente. Sin embargo, a través de los años, la práctica de este tribunal se ha ido homogeneizando, culminando con la adopción de manuales prácticos por parte del plenario de magistrados, donde se han acordado principios y procedimientos generales.⁴¹ Esto no solo resulta en seguridad jurídica para las partes del proceso, que saben de antemano las reglas del procedimiento, sino también en celeridad del proceso penal, al reducir el litigio entre las partes. Al mismo tiempo, estos manuales prácticos no son inmutables, y los magistrados los han ido adaptando a necesidades prácticas –por ejemplo, recientemente, en respuesta a la pandemia de COVID-19–, pero también a reportes y auditorías donde se ha destacado la necesidad de acelerar aún más los procesos ante la Corte.⁴²

Sin embargo, como lo reflejan los casos antes descritos, algunos aspectos probatorios de la práctica judicial de la CPI han sido un reto para este tribunal y reflejan cómo deberá seguir ajustándose a las realidades y particularidades de cada situación y cada caso.

El presente artículo ha permitido ilustrar algunos de los desafíos probatorios que debe afrontar la Corte en el ejercicio de su mandato, tales como la falta o tardía cooperación de los Estados partes, como así también los muy diversos enfoques relativos al modo en que debe evaluarse la evidencia y la dificultad inherente de establecer más allá de toda duda razonable ciertos elementos de los crímenes, como puede ser la prueba de patrones y la edad de los niños soldados.

Más allá de los desafíos probatorios que debe afrontar la CPI, no deben quedar dudas

⁴⁰ CPI, Sala de Apelaciones, "Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé", opinión disidente del 31 de marzo de 2021 de la jueza Luz del Carmen Ibáñez Carranza sobre la sentencia de la apelación del fiscal contra el veredicto oral de la Sala de Juicio I del 15 de enero de 2019 con razones escritas emitidas el 16 de julio de 2019, ICC-02/11-01/15-1400-Anx4-Red, párr. 387.

⁴¹ *Chambers Practice Manual*. La versión de 2019 está disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/191129-chamber-manual-eng.pdf>. El plenario de jueces ha adoptado una nueva versión en 2021, pero su publicación aún está pendiente.

⁴² Jueces de la Corte Penal Internacional acuerdan reformas en respuesta a la Revisión de Expertos Independientes en el retiro anual, 21 de noviembre de 2021, ICC-CPI-20211121-PR1627.

de que tal órgano judicial trabaja de manera constante para continuar superando los obstáculos, probatorios o de cualquier otra índole, que se presenten. En efecto, sigue siendo la última esperanza de las víctimas de crímenes atroces que no tienen la posibilidad de recibir justicia en otras jurisdicciones.

REFERENCIAS

CHAMBERLAIN, C. (2015). *Niños y la Corte Penal Internacional. Análisis del Estatuto de Roma desde una perspectiva de los Derechos del Niño*. Intersentia.

ROBINSON, D. (2019). The Other Poisoned Chalice: Unprecedented Evidentiary Standards in the Gbagbo Case? *EJIL: Talk*. <https://www.ejiltalk.org/the-other-poisoned-chalice-unprecedented-evidentiary-standards-in-the-gbagbo-case-part-1/>.



**SEIS PRINCIPIOS INTANGIBLES
DE LAS LEYES DE JUICIO POR JURADOS**

Silvina Manes

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 30/01/2025

Aprobado: 18/03/2025

SEIS PRINCIPIOS INTANGIBLES DE LAS LEYES DE JUICIO POR JURADOS

SIX INTANGIBLE PRINCIPLES OF JURY TRIAL LAWS

Por *Silvina Manes*¹

Asociación Argentina de Juicio por Jurados

Resumen: En este artículo se seleccionan los principios que conforman el núcleo duro de toda ley de juicio por jurados con el objeto de ilustrar sus contenidos y acercar con lenguaje claro a la ciudadanía el conocimiento sobre el funcionamiento del sistema penal que en nuestro país rige para los crímenes más graves.

Palabras clave: sistema penal, derecho constitucional, justicia democrática

Abstract: In this article, the principles that make up the core of any jury trial law are selected with the aim of illustrating their content and bringing clear language to citizens, providing knowledge about the functioning of the criminal system that governs the most serious crimes in our country.

Keywords: criminal justice system, constitutional law, democratic justice

I - INTRODUCCIÓN

La Constitución nacional adoptó en 1853 el juzgamiento de los crímenes a través de jurados populares, manda que fue incorporada por la mayoría de las provincias argenti-

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Derecho Penal (Universidad de Palermo). Diplomada en Derechos Humanos (American University, Washington College of Law, Estados Unidos). Presidenta de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados. Jueza retirada de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Exprofesora asociada de Derecho Penal I, Derecho Penal II y Derecho Procesal Penal (Universidad Argentina de la Empresa). Profesora asociada de Derecho Procesal Penal y exprofesora titular de Técnicas de litigación (Universidad del Museo Social Argentino). Exprofesora de posgrado de Derecho Penal, parte especial (Universidad del Salvador). Expresidenta de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal y

nas en los últimos diez años². La idea de democracia y de poder popular establecida por el constituyente debe abarcar no solamente los dos poderes representativos de la voluntad del pueblo –Legislativo y Ejecutivo–, sino, antes bien, la Justicia, que por su estructura contramayoritaria ha venido siendo impermeable a la participación democrática.

Hoy ya no se puede discutir la legitimidad de este cambio de paradigma del proceso penal, que consagra el derecho del todo imputado a ser juzgado por sus pares, potenciando la centralidad del juicio y, sobre todo, su oralización. El juicio por jurados llegó para quedarse. Los jurados son los jueces de los hechos, a diferencia de los magistrados técnicos, que son quienes se expiden sobre el derecho. Su rol es fundamental, ya que se los considera la conciencia de la comunidad y constituyen una barrera contra los actos arbitrarios del poder.³

Ante la adopción por la mayoría de las provincias argentinas de leyes de jurados, y los proyectos de ley que se están debatiendo en el Congreso nacional, en Jujuy, Tucumán, Corrientes, entre otras, es necesario discutir qué tipo de procedimiento por jurados es el mejor. En otras palabras, se torna imprescindible afinar la “relojería” del sistema, de modo tal que se respeten seis núcleos intangibles o duros que garantizan la actuación soberana del pueblo en el juzgamiento de los crímenes, a saber: competencia amplia del juzgamiento por jurados, jurado clásico de doce miembros, paridad de género, audiencia de selección de jurados con amplitud de recusaciones sin causa, unanimidad del veredicto de condena e irrecurribilidad del veredicto de absolución.

II - LOS SEIS NÚCLEOS DUROS DE TODA LEY DE JURADOS

En este proceso de consolidación del juzgamiento por jurados populares es necesario que las leyes que lo regulan contengan los mencionados principios intangibles para garantizar la igualdad de los justiciables de todo el país, como también un juicio más justo.

Competencia amplia del juicio por jurados

El artículo 118 de la Constitución nacional establece que todos los juicios criminales ordinarios se terminarán por jurados. Los constituyentes previeron la competencia amplia del jurado en el juzgamiento de todos los crímenes, como modo efectivo de frenar el absolutismo estatal y legitimar el sistema de justicia en su origen y ejercicio, ya que es el pueblo el más adecuado para juzgar los actos de sus pares.

exvocal de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Autora de numerosas publicaciones científico jurídicas. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-1759-5994>. Correo electrónico: silvinamanes@gmail.com.

² Córdoba, Neuquén, Buenos Aires, Chaco, Chubut, Río Negro, Mendoza, San Juan, Catamarca, Entre Ríos, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Santa Fe y Salta.

³ La Constitución de Estados Unidos prevé el juicio por jurados para todos los crímenes en las enmiendas sexta y séptima.

Sin embargo, a poco de analizar las leyes vigentes se evidencia que en esta primera etapa se ha reservado este modo de juzgamiento para los delitos más graves. Es claro que la implementación del sistema no es sencilla, sobre todo ante las resistencias que se observan en el corazón de la administración de justicia, pero no se debe perder de vista que, como objetivo de máxima, la participación de la ciudadanía en la justicia debería estar habilitada para cualquier crimen, más aún si ello es solicitado por el acusado.⁴

La obligatoriedad del juzgamiento popular no solo es una garantía del acusado consistente en ser juzgado por sus pares, sino, antes bien, el juicio por jurados tiene una función institucional y democrática, por lo que, frente a esta colisión, debe primar este sistema constitucional obligatorio en la administración de Justicia.⁵

Sin embargo, ello no obsta a que sea facultativo para otros crímenes, con la anuencia del imputado.⁶ De este modo, progresivamente se irá ampliando la competencia del juzgamiento por jurados, tal como lo impone la Constitución.

Modelo de jurado clásico

El jurado clásico o anglosajón es el compuesto por doce ciudadanos legos. Este número –y no uno menor– es el que asegura la protección del acusado, mejora la diversidad del jurado y hace que sea más difícil la influencia de una sola persona cuando el jurado está integrado por más miembros. Es, en definitiva, un modelo de administración de justicia y de organización de los tribunales.

Este modelo se funda en la plena confianza del jurado como manifestación del pueblo soberano, y cumple el ideal democrático de la deliberación entre iguales. Históricamente, en el *common law* jamás se confió el juzgamiento de los procesos penales y civiles a los funcionarios estatales, sino, antes bien, a los ciudadanos.

Vale señalar que veintiuno de los treinta y cinco miembros de la Organización de Estados Americanos utilizan el diseño clásico o anglosajón, encabezados por Estados Unidos⁷ y Canadá y los países que formaron parte de la *Commonwealth* británica,⁸ a los que

⁴ La obligatoriedad de juzgamiento por jurados respecto de algunos delitos en la mayoría de las leyes provinciales permite que, en relación con el resto de los crímenes, este juzgamiento sea facultativo, a pedido del acusado, más aún cuando las respectivas leyes no lo excluyen.

⁵ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente "Canales", sostuvo: "el juicio por jurados no debe ser entendido solo como un derecho individual del imputado, y por ende renunciable, sino que debe ser concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la administración de justicia penal. Dicho de otro modo: en nuestro sistema constitucional, el juicio por jurados supone no solo –o no tanto– el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares sino –fundamentalmente– el derecho del pueblo a juzgar" (del voto del Dr. Rosatti). CSJN, "Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria", 2 de mayo de 2019, fallos 342:697, CSJ 461/2016/RH1.

⁶ Conforme la opinión del juez de la Corte de San Francisco, Estados Unidos, Harry Dorfman, en California es posible la renuncia, y esta debe ser aceptada por la Fiscalía. No obstante, es excepcional que ello suceda en la práctica.

⁷ Véase el precedente norteamericano "Patton vs. United States" (281 US 276, 14 de abril de 1930) y el fallo del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires "Ruppel Néstor Fabián s-rec. de casación", 11 de julio de 2017, causa 81.504.

⁸ Anguilla, Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Bermudas, Islas Vírgenes, Islas Caimán, Dominica, Granada, Jamaica,

se suman Nicaragua, Panamá, El Salvador, Puerto Rico, Brasil y las provincias Argentinas, a excepción de Córdoba, que responde al tipo escabinado.

La diferencia entre el diseño clásico y el modelo escabinado es solo política, ya que se funda en un esquema diferente de distribución de poder, que, al infiltrar al juez en la deliberación, rompe el equilibrio base de esta.⁹ Introducir jueces técnicos en un jurado es un claro ejemplo de desconfianza en la actuación del pueblo como derivado de la inquisición, sobre todo cuando deliberan en conjunto, afectándose la garantía de imparcialidad.

La ausencia de jueces técnicos en el modelo clásico importa la emisión de un veredicto inmotivado por parte del jurado. Sin embargo, la falta de fundamentos de la decisión del jurado ha sido cuestionada desde el punto de vista constitucional, basándose en la afectación del derecho a un recurso amplio contra la condena del acusado¹⁰ que quedaría vacío de contenido al desconocerse los fundamentos que condujeron a tal decisión.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encargó de dotar de fundamentos convencionales la adopción de este modelo. En efecto, en el caso "V.R.P., V.P.C. vs Nicaragua"¹¹ sostuvo que el diseño clásico o anglosajón no vulnera el deber de motivación. Y agregó que la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma esta garantía, a condición de que el veredicto pueda permitir que quien lo valore pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados.

La Corte IDH sostuvo que el principio de interdicción de la arbitrariedad de la decisión puede garantizarse con un veredicto inmotivado, basándose en otras garantías procesales: admisibilidad probatoria, recusaciones en la audiencia de selección, instrucciones previas y unanimidad.

Zanjada la cuestión, es claro que la posibilidad de revisión de tales etapas del proceso garantizan la amplitud convencional dada al derecho al recurso del condenado.

Paridad de género

El jurado debe estar compuesto con igualdad de género, lo que asegura una integración respetuosa de la diversidad. A partir del informe de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2022, solo el 30 % de las mujeres del Poder Judicial pueden acceder a los cargos más altos. Es la paridad la que permite quebrar el famoso techo de cristal en la Justicia.

La importancia de comprender cómo los prejuicios y estereotipos de género influyen

Montserrat, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente, Trinidad y Tobago, y Guyana.

⁹ Nótese que en la provincia de Córdoba, por acordada del Tribunal Superior, los jurados legos deben deliberar por separado de los jueces técnicos, lo que evidencia la influencia de estos en detrimento de la calidad de las decisiones.

¹⁰ Artículo 8.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹¹ Corte IDH, "V.R.P., V.P.C. vs Nicaragua", 8 de marzo de 2018.

en la imparcialidad del proceso penal, así como la necesidad de abordar estos aspectos para asegurar una administración de justicia justa y equitativa,¹² llevan a que el jurado esté compuesto por la misma cantidad de hombres y mujeres.

Recusaciones sin causa en la audiencia de *voir dire*

La audiencia de selección de jurados determina, dentro de un panel de potenciales jurados –cuyo número varía según las leyes, pero debe ser flexible para adaptarse a las características del juicio; por ejemplo, en un caso muy mediático que amerite la convocatoria de un número mayor de potenciales jurados–, quienes van a actuar con imparcialidad en el debate oral.

El juicio por jurados comienza con esta audiencia, también llamada *voir dire*,¹³ y constituye el primer encuentro de los ciudadanos convocados para servir como jurados con el fiscal y el abogado de la defensa, frente al juez que dirigirá el juicio.

El fundamento de esta novedosa audiencia para nuestra cultura jurídica es evitar que haya en el panel definitivo jurados con prejuicios, miradas estereotipadas o influenciabiles en relación con el caso que se va a juzgar, garantizando la imparcialidad. Por ello, las partes harán preguntas sobre sus teorías del caso para determinar si quienes resulten como jurados definitivos pueden juzgar con equidistancia.

Esta es la única oportunidad en que el acusador y la defensa pueden dialogar con los potenciales jurados a fin de "deseleccionar" a aquellos que exterioricen signos de parcialidad. Para ello se requiere de una preparación muy minuciosa de las partes, motivo por el cual resulta ventajosa la utilización de cuestionarios por escrito, que se entregan previo a la audiencia. Con las respuestas, los litigantes inician su interrogatorio, agilizando de este modo el *voir dire*.

A los candidatos que no garantizan la imparcialidad se los excluye, por un lado, mediante las recusaciones con causa, que se enuncian de modo no taxativo en las leyes y cuyo número tiene que ser ilimitado; y, por otro lado, a través de las recusaciones sin causa, que no deberían ser menos de cuatro por cada parte.¹⁴

La importancia de las recusaciones sin causa es dirimente, ya que permiten a los litigantes eliminar a los posibles jurados con sospecha o temor de parcialidad y de este modo obtener un juicio justo. Es por ello que el número que establecen la mayoría de las leyes argentinas resulta insuficiente.

¹² Véase la recomendación General 19 de la CEDAW y la Convención de Belém do Pará, entre otros instrumentos.

¹³ Expresión derivada del francés que significa literalmente 'ver oír', pero que debe ser interpretada como 'decir la verdad', ya que los potenciales jurados están obligados a responder con la verdad a todo lo que se les pregunte.

¹⁴ Este número es insuficiente si se lo compara con la cantidad de recusaciones sin causa que se utilizan tanto en el sistema estadual como federal de Estados Unidos, por lo cual debería ser aumentado, teniendo en cuenta que no podrán nunca basarse en motivos discriminatorios.

Unanimidad

La unanimidad para arribar a un veredicto de condena o no culpabilidad importa que las deliberaciones sean de mayor calidad, de modo tal que se reduce el error en la determinación de los hechos por parte de los jurados.

Los veredictos unánimes poseen un mayor grado de legitimidad que aquellos que son mayoritarios, ya que son producto de una profunda discusión que fomenta una especial consideración de los puntos de vista de las minorías, contrastando las distintas opiniones hasta arribar a una coincidencia.

Es evidente que la unanimidad es una exigencia del debido proceso, dado que el jurado constituye una porción representativa de la comunidad, por lo cual la decisión que se adopte incrementará la confianza en los veredictos y en el sistema de justicia penal.

Vale señalar que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso "Ramos vs. Louisiana",¹⁵ impuso esta regla en los estados de Oregon y Louisiana, que eran los únicos que no tenían unanimidad en sus veredictos y con raigambre claramente racista en las decisiones mayoritarias. Sostuvo que la unanimidad había sido entendida por los constituyentes americanos como una característica innata del derecho a un juicio justo, imparcial y por jurados.

La regla de la unanimidad otorga un grado de satisfacción superior con la decisión tomada por el jurado, basada en la mayor intervención e interacción con quienes tienen una posición minoritaria en una discusión sobre los hechos de gran profundidad.

Por otra parte, vale señalar que la unanimidad no conduce al estancamiento de los juicios. Las provincias que en sus leyes la consagran exclusivamente –por ejemplo, Chaco– lo han demostrado empíricamente.

Irrecurribilidad del veredicto de no culpabilidad

En el derecho anglosajón, el recurso contra el veredicto de culpabilidad es una garantía procesal del condenado. Por el contrario, el veredicto de no culpabilidad impide el recurso del acusador para intentar obtener nuevamente una condena, cualquiera haya sido la valoración que haya efectuado el jurado.¹⁶ El jurado tiene el poder irrevocable para emitir un veredicto de no culpabilidad.¹⁷

Al Estado, a través del fiscal, no le corresponde el derecho a recurrir un veredicto del jurado y tampoco al acusador privado, ya que implica una afectación del *ne bis in idem* y de

¹⁵ Corte Suprema de Estados Unidos, "Ramos vs. Louisiana", 20 de abril de 2020, 18-5924 (590 US).

¹⁶ Corte Suprema de Estados Unidos, "Green vs. US", 16 de diciembre de 1957 (355 U.S. 184); "Smalis vs. Pensilvania", 5 de mayo de 1986 (476 U.S. 140); "Ludwig vs. Massachusetts", 30 de junio de 1976 (427 U.S. 618).

¹⁷ Corte Suprema de Estados Unidos, "Mc Elrath vs. Georgia", 21 de febrero de 2024, 601 US- 2024.

la prohibición de la *reformatio in peius*. Es el jurado el que, frente a la posibilidad de poner en marcha el poder de coacción más violento que el estado de derecho se concede a sí mismo, da la autorización a los funcionarios estatales para aplicar esa fuerza conforme a la ley, por lo que, si la autorización es negada –veredicto de no culpabilidad–, ello veda absolutamente el uso de esa fuerza y la transforma en ilegítima.

El jurado es la expresión de la soberanía del pueblo, por lo cual, ante el veredicto liberatorio, está prohibida la utilización de la herramienta recursiva (Maier, 2004). Lo contrario conduciría a un infinito recursivo y procesal en manos del acusador.

Por su parte, las convenciones internacionales de derechos humanos solo reconocen el derecho al recurso al imputado y no a la víctima o al Estado.¹⁸

El derecho a la tutela judicial efectiva de quien ha sufrido las consecuencias de un crimen está asegurado durante todo el proceso hasta el momento en que el pueblo soberano emite su veredicto unánime.

La naturaleza soberana de la decisión del jurado popular es la razón de ser de la irrecorribilidad del veredicto de no culpabilidad.

III - A MODO DE COLOFÓN

La sanción e implementación de las leyes del juicio por jurados en la mayoría de las provincias de nuestro país demuestran el cumplimiento del proceso penal constitucional. Al garantizar la participación ciudadana en la administración de justicia, se ha reconocido el juicio popular como el modo más importante de democratizar el Poder Judicial.

Sin embargo, luego de más de veinte años del inicio del cumplimiento de la manda constitucional para el juzgamiento de los crímenes, resulta imperioso que muchas de las leyes locales se ajusten a todos y cada uno de los núcleos duros que debe contener todo procedimiento de jurados.

Garantizando la vigencia del modelo clásico, con juicio por jurados para el juzgamiento de todos los crímenes, la paridad de género, la mayor cantidad de recusaciones sin causa, la unanimidad en el veredicto y la irrecorribilidad del veredicto de no culpabilidad, es posible afirmar no solo un juicio más justo, sino también más democrático, que contribuya a relegitimar la justicia con decisiones del jurado popular que sin duda merezcan el respeto de toda la ciudadanía.

¹⁸ Artículo 8.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Corte IDH, "Herrera Ulloa c. Costa Rica", 2 de julio de 2004; Corte IDH, "Mohamed vs. Argentina", 23 de noviembre de 2012; CSJN, "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa", 25 de septiembre de 2005. El Informe 17-94 de la Corte IDH está relacionado con el caso "Guillermo José Maqueda vs. Argentina", de la misma Corte. Emitido el 9 de febrero de 1994, concluye que el Estado argentino había violado varios derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluyendo: el derecho a ser oído por un tribunal imparcial (art. 8.1), el derecho a la presunción de inocencia (art. 8.2); el derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior (art. 8.2.h); las garantías judiciales y la protección judicial (art. 25).

REFERENCIAS

MAIER, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal*, T. I. Editores del Puerto.



**RECURSOS NATURALES: EL DOMINIO ORIGINARIO
DE LOS ESTADOS PROVINCIALES**

Lucas Agustín Papini

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 17/01/2025

Aprobado: 03/03/2025

RECURSOS NATURALES: EL DOMINIO ORIGINARIO DE LOS ESTADOS PROVINCIALES

NATURAL RESOURCES: THE ORIGINAL DOMAIN OF THE PROVINCIAL STATES

Por Lucas Agustín Papini¹

Fiscalía de Estado del Chubut, Argentina

Resumen: El presente trabajo doctrinario tiene como objetivo analizar la base legal del dominio originario de los recursos naturales de las provincias, su evolución histórica, su alcance y las implicancias que tiene para la gestión sostenible de los recursos en el contexto actual, sobre todo cuando existen intereses contrapuestos entre los Estados provinciales y el Estado nacional para su utilización y gestión.

Palabras clave: dominio originario, jurisdicción, dominio eminente, Constitución, autonomía, recursos naturales, soberanía, territorio, concurrente, jurisprudencia, Estados provinciales, Estado nacional

Abstract: The present doctrinal work aims to analyze the legal basis of the original domain of natural resources, its historical evolution, its scope, and the implications it has for the sustainable management of resources in the current context, especially when there are conflicting interests between the Provincial States and the National State for the use and management of these resources.

Keywords: original domain, jurisdiction, eminent domain, constitution, autonomy, natural resources, sovereignty, territory, concurrent, jurisprudence, provincial states, national state

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires). Fiscal de Estado de la provincia del Chubut. Fiscal general de la Unidad Especializada en delitos contra la Administración Pública. Miembro permanente del Centro para una Justicia Igualitaria y Popular (CEJIP). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-4177-8083>. Correo electrónico: lucaspapini1988@gmail.com.

I - INTRODUCCIÓN

La Constitución Nacional Argentina establece, específicamente el derecho de las provincias sobre los recursos naturales dentro de su territorio. El reconocimiento constitucional del "dominio de los recursos originarios" les otorga la facultad de regular su explotación, promoviendo el desarrollo local y la sostenibilidad. Mientras que el dominio originario es el derecho de propiedad de las provincias sobre los recursos naturales, la jurisdicción implica la facultad de dictar normas y regular actividades dentro de un territorio, lo cual puede estar en manos de la Nación en ciertos casos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado que ambos conceptos no son equivalentes, y dichos pronunciamientos serán analizados a lo largo del desarrollo de este artículo.

Para llegar a este abordaje, primero analizaremos el artículo 124 de la Constitución nacional, el cual establece que los recursos naturales son propiedad de las provincias pero que, sin embargo, existen facultades concurrentes con la Nación en temas ambientales y de políticas generales de explotación (arts. 41 y 75). La Nación dicta los presupuestos mínimos de protección ambiental, mientras que las provincias los complementan con sus propias normativas.

En segundo lugar abordaremos el dominio originario en contraposición con el dominio eminente, entendiendo el primero como la titularidad sobre un recurso desde su descubrimiento y el segundo como la potestad del Estado para regular el uso de los bienes en función del interés público.

Como veremos, ambos conceptos están vinculados a la soberanía, pero el dominio eminente permite a la Nación intervenir en ciertos casos.

De esta manera, el dominio originario otorga a las provincias la titularidad de los recursos naturales pero no una potestad absoluta, ya que la Nación mantiene ciertas competencias regulatorias. Esto genera desafíos en la armonización de políticas, la protección ambiental y la resolución de conflictos interprovinciales.

La jurisprudencia ha consolidado la autonomía provincial, pero también ha señalado los límites de su autoridad en relación con la Nación.

II - MARCO CONCEPTUAL

El dominio originario de las provincias argentinas sobre sus recursos naturales es un concepto fundamental en la estructura federal del país. El mismo se encuentra consagrado en el art. 124 de la regla altísima de la República Argentina:

Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán tam-

bién celebrar convenios internacionales 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.* (el resaltado es propio)

En la Constitución argentina podemos enumerar tres oportunidades específicas donde los recursos naturales aparecen previstos: en primer lugar, en el artículo 41, que refiere a cómo debe ser su utilización²; en el art. 75 inc. 17, segundo párrafo, al consagrarse la atribución del Congreso nacional de asegurar la participación de los pueblos originarios argentinos en la gestión referida a sus recursos naturales; y, como vimos, en su art. 124.

Bajo estos preceptos podemos concluir que, a partir de la reforma constitucional de 1994, los recursos naturales han tomado una trascendencia sumamente importante para las autoridades nacionales en todas sus órbitas –legislativa, ejecutiva y judicial–, las cuales deben proveer o facilitar lo necesario para su correcto manejo y preservación, dando además participación directa a los pueblos originarios que habitan el territorio nacional y resguardando el dominio originario que cada provincia tiene sobre sus recursos naturales. Al estar reglamentado dicho dominio en la norma fundamental, se impide que una norma de menor jerarquía se lo sustraiga.

III - IMPLICANCIAS DEL DOMINIO ORIGINARIO

A fin de desentrañar el alcance que la Constitución nacional le da al concepto de dominio originario, es necesario comprender cuales son las implicancias que trae aparejada esta potestad de las provincias sobre los recursos naturales que se encuentran dentro de su territorio. Lo primero que podemos decir es que ellas pueden establecer normas y regulaciones para la explotación de sus recursos naturales, promoviendo un desarrollo que responda a las necesidades locales. Esto presenta una oportunidad para fomentar la sostenibilidad, la conservación y el uso responsable de los recursos en beneficio de las comunidades locales. Por otro lado, que se les otorgase la facultad de regular y reglamentar los recursos naturales devino en una celebrada "reivindicación federal de los Estados locales".

²"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

Como adelantamos, el dominio no necesariamente implica jurisdicción. Con esto queremos decir, como señala Frías (1985), que:

No siempre hay coincidencia entre el titular del dominio y de la jurisdicción ... El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona [el Estado provincial, en este caso] (art. 2506 Código Civil). La jurisdicción es la suma de facultades divisibles en las diversas materias de gobierno. El dominio se ejerce sobre las cosas; la jurisdicción sobre las relaciones. El dominio lleva necesariamente a la jurisdicción si nada lo limita o excluye; la jurisdicción no lleva necesariamente al dominio. Pero en última instancia tiene más cuota de poder la jurisdicción que el dominio y este puede terminar por ser vaciado. (p. 16)

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha referido a esta cuestión y ha sostenido que "dominio y jurisdicción no son conceptos equivalentes ni correlativos, pues bien pueden existir uno sin la otra y viceversa".³

La jurisdicción sobre playas y riberas no depende del dominio nacional. Del mismo modo, el dominio privado del Estado general respecto a bienes ubicados en las provincias, siempre y cuando no haya realizado obras o establecido elementos de utilidad nacional, se limita al dominio y no se extiende a la jurisdicción (Dalla Vía, 2002).

Como hemos mencionado, el "dominio originario" sobre los recursos naturales otorgado por la Constitución a las provincias no significa una potestad absoluta sobre la jurisdicción de los mismos. El sistema federal argentino, por imperio de la cláusula del artículo 124 de la Constitución, establece que la titularidad de los recursos naturales corresponde a las provincias y, consecuentemente, por vía de principio, la jurisdicción, solo por excepción, podrá ser de Nación.

Tal como refiere Cassagne (2011), aunque el artículo 124 otorga jurisdicción a las provincias en la medida de su dominio originario sobre los recursos existentes en su territorio, debe establecerse de qué tipo de jurisdicción se trata, cuál es el alcance de dicha potestad, lo cual depende indefectiblemente de la concurrencia con facultades federales y de su encuadramiento armónico cuando el ejercicio de tal jurisdicción corresponde al Estado nacional.

En efecto, en el texto constitucional la jurisdicción sobre los recursos naturales se completa con otras disposiciones que gozan de la misma jerarquía que el artículo 124 *in fine*. Por ejemplo, corresponden a la jurisdicción federal los recursos naturales en territorios de su ámbito –el mar en su plataforma continental, áreas limítrofes, etcétera–; tam-

³ CSJN, "Marconetti, Bogleione y Cía. c/ Municipalidad de Santa Fe s/ juicio contencioso administrativo", 20 de mayo de 1929, fallos 154:312, esp. 317.

bién existen facultades concurrentes con las provincias, como mencionamos, las cuales surgen expresamente del artículo 75 incisos 12, 17, 18 y 19 de la Constitución, que deben ser analizadas como un conjunto cuando de recursos naturales se trata.

Así, las reglas generales sobre los recursos naturales en todo lo referente a su uso racional, su vinculación con el medioambiente, las políticas nacionales que armonicen su utilización en beneficio del conjunto del país, deben ser consideradas facultades federales. Potestades que deben ser ejercidas cuidando que la eventual explotación de tales recursos respete un adecuado reparto de los beneficios económicos en toda la población nacional actual y futura.

Consecuentemente, el artículo 124 *in fine* debe ser analizado en consonancia con el artículo 41 de la misma ley suprema, el cual le exige al Congreso nacional dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que las primeras alteren las jurisdicciones locales.

Una correcta interpretación de estas dos disposiciones constitucionales supone reconocer facultades estatales concurrentes, cada una desde su ámbito particular de acción, para regular el uso de los recursos naturales con el fin de preservarlos para su utilización racional por parte del conjunto de la sociedad, con sustentabilidad y cuidado del medioambiente (Rebasa y Carbajales, 2011).

En su versión original, la Constitución nacional no contenía regulación en materia ambiental. Esta situación generaba posicionamientos encontrados: algunos consideraban que la competencia ambiental pertenecía a las provincias, por tratarse de una facultad no delegada de Nación, mientras que otros entendían que era una facultad concurrente entre ambas jurisdicciones (Loutayf Ranea y Solá, 2012). Así, la regulación ambiental era básicamente de naturaleza local, por aplicación del antiguo artículo 104 de la Constitución nacional (art. 121 actual), conforme el cual las provincias conservan todo el poder no delegado por Nación.

Dicho sistema jurídico no resultó ser el más eficiente para abordar la temática, debido a que la falta de un régimen uniforme y armónico en todo el territorio de la nación impedía un correcto tratamiento y gestión de la materia ambiental.

La cuestión fue abordada posteriormente por la reforma constitucional de 1994, pues en el artículo 41 tercer párrafo se estableció: "Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales". De esta manera, el Gobierno federal solo puede legislar dentro de los límites establecidos y restringido a los contenidos de los mencionados presupuestos mínimos, mientras que las provincias dictarán las normas que amplíen la protección ambiental.

La más reconocida doctrina constitucionalista coincide en que la incorporación del

artículo 41 tercer párrafo de la Constitución generó un importante cambio en el sistema federal argentino. Se trata de una categoría especial de competencias concurrentes. Los contenidos mínimos escapan a la competencia provincial porque son propios del Estado federal, y las normas complementarias de competencia provincial son la añadidura para maximizar los alcances de dichos presupuestos. Así, la concurrencia se encuentra establecida entre mínimos y máximos (Bidart Campos, 2005).

Por su parte, doctrinarios como el Dr. Daniel Sabsay (2011) entienden que se ha producido una delegación a favor de Nación en lo que hace a la determinación de los presupuestos mínimos para la protección ambiental que deben aplicarse en relación con el uso de los recursos naturales que son de dominio de las provincias. Dicha delegación se efectuó bajo la condición de que su ejercicio no importe un vaciamiento del dominio originario que tienen las provincias.

A su vez, el Dr. José Esain (2004) ha manifestado que estamos ante una competencia que se desdobra en dos funciones parciales, las cuales son calificadas por el instrumento normativo y están diseñadas para complementarse entre sí. La exclusividad se refiere únicamente a la parte funcional que corresponde a cada una de ellas, permitiendo, en conjunto, abarcar toda la materia, es decir, la protección del medio ambiente.

El análisis del artículo 41 tercer párrafo nos conduce a concluir que ambos niveles de gobierno –Nación y provincias– comparten la materia, que se desdobra en un contenido objetivo –ambiente– y otro teleológico –protección–, pero donde cada uno ingresa a la función con diferentes tipos de normas: presupuestos mínimos de protección ambiental la federación y complementarias las provincias.

Por su parte, el dominio originario en diversas oportunidades ha sido legislado por los Estados provinciales, en el plano local, a través de sus propias constituciones provinciales, que contienen disposiciones expresas y detalladas acerca de sus recursos.

Por ejemplo, Chaco (1957), La Pampa (1960), Mendoza (1916 y su reforma parcial de 1990), Misiones (1958), Neuquén (1957), Río Negro (1957 y su reforma de 1988), Santa Cruz (1957), así como la propia Constitución de la provincia del Chubut (2010), cuando se refiere en forma general a sus recursos naturales y establece en su artículo 99:

El Estado ejerce el dominio originario y eminente sobre los recursos naturales renovables y no renovables, migratorios o no, que se encuentren en su territorio y su mar, ejerciendo control ambiental sobre ellos. Promueve el aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo, conservación, restauración o sustitución.

De lo analizado hasta este punto debemos decir que el dominio originario plantea desafíos significativos, como la necesidad de alinear las políticas provinciales con los inte-

reses y normativas nacionales, y la gestión de conflictos entre provincias, así como entre el sector público y privado. La falta de un marco regulatorio claro puede llevar a la sobreexplotación de recursos y conflictos de intereses entre diversos actores.

IV - DOMINIO ORIGINARIO Y DOMINIO EMINENTE

A los fines de las cuestiones hermenéuticas que plantea el artículo 124 de nuestra Constitución, resulta de utilidad diferenciar la noción de dominio eminente de la referida al dominio originario.

En ese sentido, y como ha sido descrito a lo largo del presente artículo, el dominio originario debe entenderse como el derecho que pertenece desde el origen o descubrimiento de la cosa a una persona física o jurídica, a diferencia del dominio derivado, que reconoce la existencia de un dueño anterior.

En cambio, el llamado dominio eminente, que traduce el derecho de tutela o jurisdicción, es aquel que el Estado posee sobre todas las cosas ubicadas en su territorio, vinculado a la soberanía que ejerce y no a la propiedad, en virtud del cual, como representante del interés público, puede reglar jurídicamente el destino de las cosas aunque no pertenezcan a su patrimonio (Villegas Basavilbaso, 1952).

Podemos ver, en este sentido, cómo se han expresado tanto Villegas (1952), como Marienhoff (2011) y Cassagne (2021) respecto del dominio eminente como una potestad –no una propiedad– que el Estado ejerce sobre las personas y los bienes, no solo suyos sino también ajenos, dentro de los límites de su territorio, como máximo titular de la soberanía interna en ese ámbito geográfico, que se traduce en la facultad de legislar sobre ellos.

En virtud de esta potestad suprema –facultad eminente–, parte de la doctrina sostiene que el soberano está en condiciones de reivindicar para sí y atribuirse el dominio originario inclusive sobre los recursos naturales existentes sobre su territorio.⁴ Siguiendo esta línea doctrinaria, el mismo efecto ocurre con el dominio público y el privado, productos ambos derivados del dominio eminente. Es, en efecto, continuando con esta doctrina, en ejercicio del dominio eminente, que el soberano crea y otorga al Estado el dominio público y dicta la legislación que habilita a los particulares o al propio Estado a adquirir el dominio privado a través de los medios que la ley civil estipula –dictada por el Estado en ejercicio del dominio eminente–.

El punto de conexión entre dominio eminente y dominio originario se encuentra en el

⁴ Así lo expresa Vildósola Fuenzalida (1999) cuando afirma: “de acuerdo al dominio eminente del Estado/Nación, mediante la suma potestas y el *ius imperium*, derivado de la soberanía inalienable e imprescriptible, se elaboraron y desarrollaron diferentes clases de dominio minero a partir del regalismo medieval radical-regalista, originario, directo, demanial, etc.” (p. 106).

hecho de que ambos son atributos de soberanía. Sin embargo, el eminente se ejerce en forma genérica sobre todos los bienes y personas que se encuentran en el territorio, en el momento en que el Estado lo considera oportuno, mientras que el originario es ejercido de manera continua (Valls, 1994).

V - PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES

El dominio originario que poseen las provincias argentinas sobre sus recursos naturales es un aspecto fundamental del federalismo argentino, aunque no es un dominio absoluto sobre dichos recursos. Por lo cual es de relevancia abordar no solo el marco normativo que respaldan estas reivindicaciones, sino también la jurisprudencia destacada que ha dado forma a las diferentes interpretaciones y aplicación de este principio en el ordenamiento jurídico nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha abordado en diversas oportunidades el tema del dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales en su territorio. Siguiendo el artículo 124 pero también con un análisis crítico, ha ido desandando el camino hacia diversas interpretaciones.

Por ejemplo, en 2011 sostuvo que:

la invocación en abstracto por parte de la provincia de la regla que establece el dominio originario de sus recursos naturales (artículo 124) con el objeto de desvirtuar otra regla de igual jerarquía que establece el mandato al Estado Nacional de dictar los presupuestos mínimos ambientales para toda la Nación (artículo 41) genera una superflua e innecesaria tensión entre dos cláusulas constitucionales.⁵

El tribunal enfatizó la necesidad de interpretar ambos artículos de manera armónica, adaptando la gestión de los recursos naturales a las directivas de la cláusula ambiental, en un marco de federalismo concentrado.

De esta forma, la Corte Suprema entiende que el principio de dominio originario debe ser abordado a través del conjunto normativo que establece sus límites y alcances, con facultades concurrentes entre provincias y Nación y siempre en miras de la correcta tutela sobre el medioambiente.

Por otra parte, en un caso más reciente⁶, reconoció su competencia originaria y rechazó la demanda promovida por la provincia de Corrientes. En este fallo se analizó la relación entre el dominio originario provincial y las competencias del Estado nacional en materia ambiental, concluyendo que las autoridades nacionales son competentes para

⁵ CSJN, "Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional", 13 de diciembre de 2011.

⁶ CSJN, "Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional", 11 de marzo de 2021.

adoptar medidas protectoras del medioambiente en ejercicio de facultades precautorias, incluso cuando se trata de recursos hídricos que nacen y concluyen dentro del territorio provincial.

Estos precedentes reflejan la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto al equilibrio y la relación entre el dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales y las competencias del Estado nacional en la protección ambiental, promoviendo una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales involucradas.

VI - CONCLUSIONES

El dominio originario de las provincias argentinas sobre sus recursos naturales es un principio constitucional que se ha visto respaldado en ocasiones por la jurisprudencia y que permite su adecuada interpretación y aplicación. La jurisprudencia no solo asienta los derechos provinciales, sino que también subraya la necesidad de equilibrarlos con los principios de sostenibilidad y cooperación interprovincial.

A medida que Argentina enfrenta desafíos en la gestión de sus recursos naturales, es crucial que las provincias actúen con responsabilidad y en el marco de un diálogo constructivo, garantizando así un aprovechamiento que beneficie a las generaciones presentes y futuras.

Promover una gestión integrada de los recursos naturales puede ser clave para el desarrollo sustentable en el país, respetando siempre la autonomía y el dominio que les corresponde a las provincias.

El dominio originario de las provincias argentinas sobre sus recursos naturales es un pilar fundamental para asegurar un desarrollo regional equilibrado y sostenible, así como también un eslabón clave que hace a un federalismo eficiente. La correcta aplicación de este principio, junto con una regulación adecuada y una gestión participativa, les permitirá no solo resguardar sus recursos, sino también promover el bienestar de sus habitantes.

Es esencial avanzar hacia políticas que integren la protección ambiental con el desarrollo económico. El desafío radica en encontrar un balance entre el aprovechamiento económico y la conservación de los recursos naturales, dentro de un marco de respeto a los derechos indígenas, a la diversidad ecológica que caracteriza a Argentina y a la autodeterminación de los Estados provinciales.

REFERENCIAS

- BIDART CAMPOS, G. (1995). *Tratado elemental de derecho constitucional*. Ediar.
- CASSAGNE, J. C. (2011). Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales. En J. M. De la Cuétara Martínez, J. L. Martínez López-Muñiz, F. J.

- Villar Rojas, (coords.). *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum profesor doctor Gaspar Ariño Ortiz*. Fundación Endesa - La Ley - La Caixa.
- CASSAGNE, J. C. (2021). *Curso de derecho administrativo*, T. II. Thomson Reuters - La Ley.
- DALLA VÍA, A. R. (2002). Actualidad del Federalismo Argentino. En L. M. Serna de la Garza, (coord.), *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. UNAM.
- ESAIN, J. A. (2004). *El Federalismo Ambiental. Reparto de Competencias Legislativas en materia Ambiental en la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente 25.675*. Lexis Nexis, 2004-I.
- FRÍAS, P. J. (1985). *Derecho público provincial*. Depalma.
- LOUTAYF RANEA, R. y SOLÁ, E. (2012). Competencia en materia ambiental: recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de otros tribunales. *La Ley*, Suplemento Doctrina Judicial Procesal, 5/2012.
- MARIENHOFF, M. S. (2011). *Tratado de derecho administrativo*, T. V. Abeledo-Perrot.
- REBASA, M. y CARBAJALES, J. J. (2011). Los recursos naturales en la reforma del '94: aportes para una interpretación constitucional (el caso de los hidrocarburos). *La Ley*, 2011-C.
- SABSAY, D. A. (2011). *Manual de Derecho Constitucional*. La Ley.
- VALLS, M. F. (1994). *Recursos Naturales*. Abeledo-Perrot, T. 1.
- VILDÓSOLA FUENZALIDA, J. (1999). *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*. Editorial Latina C. A.
- VILLEGAS BASAVILBASO, B. (1952). *Derecho administrativo*, T. IV. Tipográfica Editora Argentina.



**IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS
EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Gabriel Chiban

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 17/02/2025

Aprobado: 13/03/2025

IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

IMPACT OF NEW TECHNOLOGIES ON THE ADMINISTRATION OF JUSTICE

*Por Gabriel Chiban*¹

Poder Judicial de la provincia de Salta, Argentina

Resumen: El mundo actual se caracteriza por una transformación veloz y vertiginosa, donde los avances tecnológicos y los cambios sociales redefinen constantemente la realidad que nos rodea. Esto tiene un impacto en la administración de justicia, que el presente trabajo pretende analizar.

Palabras clave: transformación digital, hiperconectividad, avances tecnológicos, régimen de la información, innovación, adaptación jurídica, ética tecnológica

Abstract: The current world is characterized by a rapid and dizzying transformation, where technological advancements and social changes constantly redefine the reality that surrounds us. This has an impact on the administration of justice, which this work aims to analyze.

Keywords: digital transformation, hyperconnectivity, technological advancements, information regime, innovation, legal adaptation, technological ethics

I - INTRODUCCIÓN

El mundo actual se caracteriza por una transformación veloz y vertiginosa, donde los avances tecnológicos y los cambios sociales redefinen constantemente la realidad que

¹ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Juez de la Corte de Justicia de la provincia de Salta. Presidente del Consejo de la Magistratura de la provincia de Salta. Profesor titular regular de Derecho Administrativo (Universidad Nacional de Salta, Universidad Católica de Salta). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-1063-2402>. Correo electrónico: gchiban@gmail.com.

nos rodea. Nos encontramos en un universo hiperconectado, donde los límites entre lo físico y lo electrónico se han difuminado, dando paso a una revolución integral que abarca todos los aspectos de nuestra existencia.

La conectividad se ha convertido en el eje central de nuestra sociedad. Internet, cual arteria principal, recorre el planeta, uniendo a personas, dispositivos y datos en una red global sin precedentes. La información fluye a velocidades inimaginables, borrando las fronteras físicas y temporales. La distancia ya no es un obstáculo para la comunicación, la colaboración y el intercambio de ideas.

En esta era de hiperconexión podemos advertir que se ha desencadenado una ola de cambios sin precedentes en todos los ámbitos de la vida. Se han transformado industrias, se han redefinido modelos de negocio y de ocio, han surgido nuevas formas de entretenimiento y comunicación, de modo tal que la manera en que trabajamos, aprendemos y nos relacionamos con el mundo ha experimentado una profunda metamorfosis.

Se están redefiniendo los límites de lo viable, abriéndose un sinfín de posibilidades para el futuro. Tecnologías que antes eran inimaginables ahora forman parte de nuestro día a día. Podemos ver hoy la combinación de innovaciones tales como la inteligencia artificial y el aprendizaje automático, la robótica, la realidad virtual y aumentada, el internet de las cosas, la biotecnología, la cadena de bloques (*blockchain*), el cómputo en la nube (*cloud computing*), un internet mucho más móvil y mundial, impresiones en 3D, nuevos materiales; ello, en conjunto con una mayor capacidad informática, generación de algoritmos usados en análisis predictivos, una mayor cantidad de datos disponibles (*big data*), interfaz cerebro-computadora, nanotecnología con sensores más pequeños y más poderosos, como así también el procesamiento del lenguaje natural (PLN), que da a las computadoras la capacidad de comprender, interpretar y manipular textos y palabras habladas de una manera muy similar a los seres humanos.

Aún más, se está dando actualmente un salto cuántico en la informática, desafiando los límites de la computación tradicional, abriéndose un universo casi infinito de posibilidades, donde las computadoras clásicas que operan con *bits* pasan a utilizar *qubits*, lo que habilita una cantidad exponencialmente mayor de puertas lógicas, permitiendo el desarrollo de nuevos algoritmos y generando un abanico de aplicaciones sin precedentes que permite abordar problemas complejos e irresolubles para las computadoras clásicas.

En ese marco, el modo de dominio hoy reinante se basa en datos y su procesamiento, mediante algoritmos que nos llevan a estar inmersos en lo que se ha dado en llamar "régimen de la información" (Han, 2022), impulsando fuertes redefiniciones a una sociedad que ahora solo acepta respuestas inmediatas. En este contexto, la psicometría muestra todo su potencial, generando un perfil individualizado de cada persona de la que puede predecir su comportamiento con altísimo grado de precisión, usando la información de

los macrodatos que obtiene fundamentalmente de los *smartphones*, cuestión que se proyecta también hacia la psicopolítica y el *microtargeting*.

Vivimos también hoy bajo el acecho de la posverdad, donde los hechos objetivos y reales tienen menos credibilidad o influencia que los sentimientos y creencias de los individuos, al punto que muchas mentiras evidentes se asumen como verdad, solo porque así se sienten, y las noticias falsas son tenidas como algo normal.

En este mundo en constante transformación, donde la tecnología redefine los paradigmas y las fronteras de lo posible se esfuma, el ámbito jurídico –desde la investigación hasta la resolución de conflictos– se enfrenta también a un desafío sin precedentes, que consiste en adaptarse, innovar y trascender en la era digital.

Por ello, es necesario abrazar el cambio con inteligencia, desarrollando las habilidades y la mentalidad necesarias para navegar con éxito en este entorno complejo, donde la capacidad de aprender de manera continua, de ser flexible y de innovar sean elementos clave para el éxito, ya que la tecnología disponible tiene el potencial de resolver muchos problemas globales, pero también puede generar serios peligros y desafíos, por lo que es nuestro deber aprovechar al máximo las oportunidades que se presentan, utilizando la tecnología de manera responsable y ética para construir un futuro más justo y equitativo.

II - EL RAZONAMIENTO LÓGICO JURÍDICO Y EL USO DE TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN. UNA SINERGIA PODEROSA

El razonamiento lógico jurídico es la base fundamental sobre la que se asienta el sistema. Es un proceso intelectual que nos permite analizar información jurídica, interpretar normas y tomar decisiones de manera racional y fundamentada.

Entre los elementos se encuentran:

– Hechos o circunstancias que dan lugar a un conflicto o problema jurídico, que deben ser probados por las partes involucradas en el proceso, incluyendo la recopilación y el análisis de la información relevante para el caso, como pruebas, testimonios y documentos.

– Normas jurídicas, entendidas como reglas que establecen lo que es correcto e incorrecto en una sociedad, a saber; leyes, reglamentos, jurisprudencia o principios generales del derecho.

– Subsunción, como proceso de relacionar los hechos del caso con las normas jurídicas aplicables, a fin de determinar si los primeros se ajustan a la hipótesis de las segundas.

– Argumento jurídico, como conjunto de razones que se utilizan para defender una conclusión jurídica, que pueden basarse en hechos, normas jurídicas, jurisprudencia, doctrina o principios generales del derecho.

– Conclusión jurídica, entendida como la decisión que se toma sobre el caso concreto y que debe estar basada en los hechos probados, las normas jurídicas aplicables y los argumentos jurídicos presentados.

Este razonamiento lógico jurídico debe ser sistemático y riguroso, con una estructura ordenada y metódica que opere paso a paso sobre la base en hechos y normas jurídicas, libre de subjetividad y arbitrariedad, de modo tal que la operación intelectual pueda ser justificable, capaz de ser explicada de manera transparente y defendida mediante argumentos racionales.

Ahora bien, cabe al respecto preguntarse si las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones pueden o no ser buenas aliadas del razonamiento lógico jurídico que tradicionalmente fue monopolizado por los operadores humanos, con sus virtudes y defectos. Al respecto adelanto mi posición afirmativa y optimista, ya que con ellas, en particular con la inteligencia artificial (IA), el *big data* y la computación en la nube se pueden hacer grandes aportes que complementen y fortalezcan el razonamiento lógico jurídico, generando una sinergia poderosa que venga a reafirmar una de las características del ser humano, consistente en incrementar sus capacidades por medio de herramientas y artefactos.

En tal sentido, cuando nos aproximamos a la IA, cabe referir que ella se concreta a través de algoritmos computacionales, es decir, instrucciones precisas que debe seguir una computadora para ejecutar ciertos comandos. Pero estos algoritmos están hechos de manera tal que las respuestas de la máquina sean lo más parecidas posible a lo que serían las reacciones de un cerebro humano, por lo tanto, menos lineales y constantes que las de una máquina tradicional, al incluir subcampos como el *machine learning* y el *deep learning*, que usan algoritmos que pueden aprender de los datos y mejoran recursivamente sus resultados, respondiendo de manera diferente en cada caso, además aprender de cada uno de ellos.

A su vez, con la disponibilidad del *big data* o datos masivos se puede procesar y analizar un conjunto de información de interés extremadamente grande, mensurable en petabytes (PB), exabytes (EB) o incluso zettabytes (ZB), tales como registros documentales, datos jurisprudenciales, legislación actualizada y reglamentos, como así también derecho comparado y doctrina que permita identificar patrones, tendencias y relaciones entre ellos, en distintos formatos y fuentes, emergiendo de este modo una poderosa herramienta para optimizar la resolución de disputas legales.

En ese sentido, la capacidad de análisis masivo –que ya supera ampliamente toda capacidad imaginable de procesamiento del cerebro humano– permite a los juristas encontrar precedentes relevantes, analizar y comparar argumentos legales, extraer información clave de documentos complejos, como contratos y acuerdos, en múltiples idiomas, en formatos tan distintos como escritos, audios y videos, logrando ahorrar

tiempo y esfuerzo en la investigación y el análisis de casos y colaborando, en definitiva, en la toma de decisiones más informadas, al tener el potencial de generar argumentos legales a partir de un conjunto de hechos y normas jurídicas que pueden ayudar a resolver los casos de manera más justa, eficiente y efectiva.

En lo que atañe a la computación en la nube, también conocida como *cloud computing*, cabe tener presente que se trata de un modelo de acceso a la tecnología a través de internet que permite que cada persona o institución, en lugar de administrar recursos informáticos de su propiedad, pueda acceder a ellos –servidores, almacenamiento, bases de datos, redes, software y aplicaciones– de modo compartido, a través de la nube, generándose así reducción de costos, mayor agilidad, escalabilidad, y todo ello sin necesidad de realizar las grandes inversiones que implicaría que cada usuario cuente con su propio hardware y software.

Ahora bien, cabe remarcar que es en este punto donde puede radicar una de las debilidades de la incorporación de tecnología, puesto que la contracara del magnífico acceso a los servicios del *cloud computing* es la denominada "caja negra", consistente en la habitual falta de transparencia en los algoritmos que utilizan las empresas que los operan, ya que los usuarios no tienen mayormente control sobre cómo se procesan sus datos o cómo se toman las decisiones algorítmicas que los afectan, lo que, además de volver potencialmente opacos los razonamientos, puede también generar problemas tales como sesgos, bias y ruidos.

Como podrá imaginarse, si cada usuario pretendiera tener su propia infraestructura para realizar las tareas que hoy hace a través de las firmas líderes de *cloud computing*, debería pensar en enormes inversiones que en la mayoría de los casos no podrá solventar, razón por la cual, cuando pensamos en esta tecnología para actuar en el mundo del razonamiento lógico jurídico, es necesario tomar recaudos y medidas para mejorar la transparencia en los algoritmos de la nube, especialmente requiriendo a los proveedores que brinden explicaciones claras y comprensibles sobre cómo funcionan, encargar auditorías independientes para que evalúen la imparcialidad y la seguridad de los algoritmos, permitir el acceso de los usuarios a sus datos y a la forma en que se procesan, resultando también importante el dictado de regulaciones que establezcan estándares de transparencia y responsabilidad.

Menos problemas éticos y de fondo parece presentar la tecnología que facilita la automatización de tareas repetitivas, como la redacción de documentos legales, la búsqueda de la información o el análisis de documentos, lo que puede liberar tiempo para que los juristas se enfoquen en tareas más complejas que requieren análisis y razonamiento donde la intervención humana sea más importante.

Ahora bien, con toda esta información sistematizada, al analizar pruebas, datos históricos y jurisprudencia, la IA puede predecir posibles resultados con un alto grado de pre-

cisión. Este análisis predictivo preciso brinda a todas las partes involucradas una valiosa información para evaluar riesgos, permitiéndoles comprender las probabilidades de éxito o fracaso, facilitando la toma de decisiones estratégicas, como también puede llevar a negociar acuerdos cuando la predicción de resultados así lo indique, evitando procesos judiciales largos y costosos.

Sin duda estas herramientas optimizan la estrategia legal de abogados y también apuntalan la tarea de los jueces, quienes pueden utilizar los pronósticos de la IA para ajustar sus esfuerzos, enfocándose en los aspectos más relevantes del caso.

Se puede advertir también que la IA no solo se limita al análisis predictivo, sino que, al procesar grandes volúmenes de información legal, asimismo puede generar argumentos legales más completos y persuasivos, además de novedosos y bien sustentados, respaldados por evidencia sólida y análisis exhaustivo, lo que se puede traducir en una mejora en la calidad de la tarea de los operadores de justicia. Estas nuevas tecnologías pueden contribuir a la toma de decisiones más justas e imparciales por parte de los jueces y tribunales, al proporcionarles una perspectiva más amplia y objetiva de los casos.

Sin perjuicio de este inicial análisis positivo que vislumbra un futuro prometedor para transformar la resolución de disputas y fortalecer la búsqueda de la justicia, es importante recordar que la IA y su tecnología asociada no son ni deben ser más que herramientas y, como tales, deben utilizarse de manera responsable y ética, garantizando que los sistemas sean transparentes, con procesos internos y algoritmos cristalinamente públicos, libres de sesgos y utilizados en estricto apego a los principios legales y éticos.

III - NAVEGANDO ENTRE LA PRECISIÓN Y LA AMBIGÜEDAD. LÓGICA BINARIA Y LÓGICA DIFUSA

Tal como se viene argumentando, en el interior del razonamiento jurídico encontramos que la toma de decisiones se apoya en la lógica para su correcto funcionamiento. Ahora bien, existen dos grandes tipos de enfoque dentro de la lógica, que se distinguen por su modo de tratar la información y arribar a conclusiones, a saber: la lógica binaria o matemática (*Boolean Logic*) y la lógica difusa (*Fuzzy Logic Decision Making*) (Cintula, Fermüller y Noguera, 2023).

La lógica binaria o lógica de dos valores opera en un universo de dos posibilidades absolutas: verdadero y falso. Las proposiciones dentro de este sistema son precisas y no admiten ambigüedades, lo que lo hace ideal para situaciones donde la información es clara y no hay lugar para la imprecisión. Este tipo de lógica inelástica puede ser usada en el razonamiento jurídico para casos con certidumbre de hechos y normas –por ejemplo, en normas de tránsito que indican con precisión la conducta a seguir y el incumplimiento por parte de un conductor es manifiesto–, pero no siempre la compleja realidad se muestra tan lineal.

Por otro lado, la lógica difusa, también conocida como lógica suave o borrosa, surge como una alternativa para tratar con la incertidumbre y la ambigüedad, tan común en el mundo real. Es un enfoque para el tipo de razonamiento que se basa en grados de verdad en lugar de valores absolutos de verdadero o falso –por ejemplo, determinar si un objeto es “alto” o “bajo”, si una temperatura es “caliente” o “fría”, si un destino está “lejos” o “cerca”–. Así, permite representar y procesar información imprecisa o vaga, habilitando que las proposiciones tengan grados de verdad. Si 0 es completamente falso y 1 completamente verdadero, en la conjunción difusa dos proposiciones pueden ser “bastante verdaderas” –por ejemplo, 0,8–.

La lógica difusa y la IA están, pues, estrechamente relacionadas, ya que ambas son aptas para el desarrollo de sistemas que puedan razonar, representar el conocimiento de manera natural, manejar la incertidumbre y tomar decisiones robustas de manera similar a como lo hacen los humanos, lo que las convierte en una herramienta valiosa para una amplia gama de aplicaciones.

La combinación de IA y lógica difusa tiene el potencial de revolucionar el razonamiento jurídico, ya que puede usarse para modelar la incertidumbre y la vaguedad, inherentes al lenguaje legal, y para desarrollar sistemas que puedan razonar y tomar decisiones de índole legal a partir de grandes cantidades de datos.

Recurriendo nuevamente a lo dicho por el tecnólogo Marcelo Rinesi, del Instituto Baikal,² “la tecnología ya está, lo que aún no está es nuestra capacidad mental de usarla”. Hay que abrir los ojos y la mente, pues la tecnología está disponible y ya está siendo usada en el escenario de las normas, de los juristas y de los tribunales.

Contamos también hoy con ejemplos de utilización cada vez más habitual de lógica difusa combinada con IA en programas de computadora que brindan asesoramiento legal y con potencial para resolver disputas legales, chatbots que responden preguntas y consultas legales, y herramientas de análisis de texto legal que procesan grandes cantidades de texto, jurisprudencia, derecho comparado y doctrina, con las que generan informes sobre temas legales específicos de gran calidad.

El uso combinado de lógica binaria o difusa en coordinación con IA va a depender mucho del contexto y de la naturaleza de la información disponible en cada caso, quedando abiertos muchos subtemas para estudiar y debatir en orden a la aplicación y el alcance de esta tecnología en las distintas fases del razonamiento jurídico y, por ende, del proceso judicial, tales como: análisis de precedentes históricos, búsqueda de jurisprudencia, interpretación de las normas jurídicas, evaluación y valoración de pruebas, aplicación de las normas jurídicas al caso concreto y toma de decisiones judiciales más informadas y consistentes.

² Véase: <https://www.elbaikal.com/author/marcelo-rinesi/>.

IV - IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA TRAMITACIÓN DE PROCESOS JURISDICCIONALES

A los operadores del derecho más jóvenes, la aplicación de IA y demás herramientas tecnológicas al proceso judicial seguramente les resulta más amigable que a quienes nacimos en un mundo mecánico, pasamos por el analógico y hoy debemos adaptarnos al enorme cambio de mentalidad que impone el digital.

Tal como sostiene Corvalán (2020), cuesta cambiar radicalmente el paradigma clásico del derecho procesal, de proceso iterado, secuencial y fragmentado a uno simultáneo, instantáneo y colaborativo.

La clave está en innovar y razonar de modo diferente acerca de las cuestiones de siempre. Hay que comprender que las nuevas tecnologías no son meras herramientas que hacen mejor justicia, sino que se hace justicia de otro modo, con el resultado adicional de que, en efecto, puede ser también una justicia mejor.

En ese sentido, en la realidad actual de los procesos judiciales se pueden observar, en mayor o menor medida, fuertes tendencias hacia procesos de despapelización, automatización, digitalización, estandarización, notificaciones electrónicas y tramitación remota de muchas tareas; incluso comienzan a verse sistemas que tienden a la justicia predictiva, que permiten anticipar decisiones según precedentes análogos.

Así, las tareas repetitivas y manuales que tradicionalmente realizaban jueces, abogados y personal administrativo –como la revisión de documentos, la búsqueda de jurisprudencia, la programación y transcripción de audiencias y la gestión de expedientes– pueden automatizarse mediante inteligencia artificial y aprendizaje automático, lo que libera tiempo para que los profesionales se concentren en aspectos más complejos de los casos, como el análisis jurídico y la toma de decisiones.

Los expedientes electrónicos se diferencian en esencia de sus antecesores en papel, permitiendo almacenar y compartir documentos de forma digital, dotando de mayor calidad y agilidad al proceso judicial e incluso facilitando la gestión remota de la causa con audiencias virtuales, actuaciones grabadas en video, entre otros, lo que reduce la necesidad de que las personas se trasladen físicamente al tribunal.

Por su parte, el análisis de grandes conjuntos de datos (*big data*) puede ayudar a identificar patrones y tendencias que podrían ser relevantes para los casos.

Las plataformas en línea y las herramientas de comunicación digital pueden facilitar la información legal y la asistencia, especialmente en áreas remotas o para personas con discapacidades. Esto ayuda a reducir las barreras de acceso a la justicia y promover la igualdad ante la ley.

Por su parte, la tecnología *blockchain* tiene el potencial de crear registros inmutables y auditables de pruebas, lo que puede ayudar a prevenir su manipulación o falsificación y

mejora la transparencia y la eficiencia del proceso judicial. Esta tecnología es igualmente muy útil para crear una identidad digital segura y verificable para las partes involucradas en un caso judicial, y puede usarse para crear una plataforma neutral para la resolución de disputas.

El internet de las cosas también tiene su lugar en la mejora de los procesos, cumpliendo un importante rol las cámaras de vigilancia, los sensores, los monitores y los rastreadores GPS, que son de gran utilidad para recopilar pruebas en tiempo real, brindando información crucial para reconstruir los hechos y determinar responsabilidad

La utilización de nuevas tecnologías está haciendo un gran aporte a la transparencia y el acceso a la justicia, lo que se manifiesta en la información sobre el sistema judicial disponible en internet y en redes sociales, la mayor eficiencia en el proceso judicial, la reducción de costos y una mayor precisión en la toma de decisiones.

V - EL ROL DEL JUEZ HUMANO EN EL PROCESO JUDICIAL TRAMITADO CON ASISTENCIA DE IA Y OTRAS TECNOLOGÍAS

Ya no caben dudas de que la colaboración efectiva entre juezas y jueces humanos y sistemas de IA tiene el potencial de transformar el panorama de la justicia en poco tiempo más, con experiencias ya instaladas en distintas partes del mundo, como la Unión Europea, Estonia, Australia, China, México, Colombia, Brasil y Argentina, entre otros (Segura, 2023).³

Frente a ese escenario, en el cual se va a mover el centro de gravedad del proceso, vamos a ver cómo el juez va a tener que compartir o ceder parte de su protagonismo y poder frente a los algoritmos, que actuarán bajo una nueva figura procesal hasta ahora no conocida, la que se me ocurre denominar "prejuzadores algorítmicos".

Más allá de lo expresado, en todo proceso judicial en el que se usen herramientas tecnológicas el juez humano debe continuar ejerciendo su rol insustituible, al menos en la etapa recursiva, puesto que, si bien la asistencia digital es muy valiosa, la toma de decisiones finales y la aplicación del derecho recaen sobre la responsabilidad y el criterio del juez. La IA no debe reemplazar el elemento humano esencial del proceso judicial, aun cuando el trabajo de los jueces puede verse aligerado si efectivamente se consigue avanzar también hacia un proceso colaborativo, en el que los litigantes tengan una intervención más activa en el control de las nuevas tecnologías.

En tal sentido, en el ejercicio de la magistratura se debe velar por que la aplicación de la IA en el proceso judicial no introduzca sesgos o discriminación, evaluando críticamente

³ Segura hace un recuento respecto de los avances en materia de procesos judiciales que incorporan la IA, de los cuales se destacan los "jueces robot" de Estonia; Split Up en Australia; Expertius en México, un sistema de apoyo en los juicios de alimentos; los tribunales cibernéticos de China; el proyecto MIREL en la Unión Europea; y en el ámbito sudamericano, Prometea (Argentina), PretorIA (Colombia), Synapses, Víctor y Socrates (Brasil).

los resultados proporcionados por las herramientas tecnológicas y tomando decisiones basadas en la ley, la equidad y la justicia, siendo conscientes también de que el ingreso de las nuevas tecnologías al proceso genera implicaciones y desafíos éticos.

Asimismo, si bien las nuevas tecnologías ayudan a encontrar jurisprudencia y doctrina relevante, a formar la teoría del caso, a procesar grandes cantidades de datos y evidencia e incluso contar con elementos que pueden ser determinantes para la toma de decisiones, se sigue dependiendo del conocimiento legal y la experiencia humana para analizar críticamente la información, evaluar la credibilidad de las pruebas, considerar las diferentes perspectivas del caso y llegar a una decisión justa.

En definitiva, quien desempeña la magistratura tiene la responsabilidad de proteger los derechos de todos los involucrados en el proceso judicial, asegurando que se sigan los procedimientos legales, que las partes tengan la oportunidad de ser escuchadas y que se respeten sus derechos fundamentales.

VI - CONCLUSIÓN

Si bien la IA puede ser una herramienta útil en la toma de decisiones judiciales, es necesario abordar cuidadosamente los desafíos éticos y legales asociados. La transparencia, la equidad y la supervisión humana son fundamentales para garantizar que la implementación de esta tecnología sea justa y respete los derechos de las personas involucradas en el proceso.

La IA puede ayudar en el análisis de grandes volúmenes de información, pero es esencial que jueces y juezas sigan teniendo el poder de evaluar y tomar decisiones basadas en su experiencia y conocimiento legal, siendo conscientes de que no solo es posible hacer las labores de una mejor manera, sino, además, de que es posible hacer otra cosa, aunque con el mismo propósito y siempre con respeto irrestricto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Resulta evidente la necesidad de contar con marcos legales y normativos claros para regular el uso de la tecnología, que garanticen la ética en el desarrollo y la aplicación de la IA en el ámbito judicial, junto con la protección de datos personales y derechos de propiedad intelectual, la transparencia en los algoritmos y demás herramientas tecnológicas.

Las nuevas tecnologías están teniendo un impacto significativo en el modo de procesar y sentenciar. Es importante que los actores del sistema judicial sean conscientes de los beneficios y riesgos asociados con estas tecnologías, y que las utilicen de manera responsable y ética.

REFERENCIAS

HAN, B.-C. (2022). *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*. Taurus.

- CORVALÁN, J. (2020). Inteligencia Artificial GPT-3, PretorIA y oráculos algorítmicos en el Derecho. *International Journal of Digital Law*, 1(1).
- CINTULA, P., FERMÜLLER, C. G. y NOGUERA, C. (2023). Fuzzy Logic. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/sum2023/entries/logic-fuzzy/>.
- SEGURA, R. E. (2023). Inteligencia artificial y administración de justicia: desafíos derivados del contexto latinoamericano. *Revista de Bioética y Derecho*, 58.



**ENVEJECER CON DERECHOS.
DESAFÍOS Y ESTRATEGIAS DE INCLUSIÓN PARA LA REGIÓN**

María Isolina Dabove

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 14/02/2025

Aprobado: 20/03/2025

ENVEJECER CON DERECHOS. DESAFÍOS Y ESTRATEGIAS DE INCLUSIÓN PARA LA REGIÓN¹

AGING WITH RIGHTS.
CHALLENGES AND INCLUSION STRATEGIES FOR THE REGION

Por María Isolina Dabove²

Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Resumen: Este trabajo tiene como propósito pensar críticamente los fundamentos y alcances de los Objetivos de Desarrollo Sostenible planteados en 2015 por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas. Con base en las enseñanzas de la teoría trialista del derecho, de Goldschmidt y Ciuro Caldani, me referiré a tres cuestiones propias del análisis dikelógico de la teoría de referencia: el humanismo filosófico de la Agenda 2030; sus tres principios estratégicos –la unicidad y diversidad, la igualdad y no discriminación y la comunidad–; el papel del empoderamiento, la empatía y el sentido de pertenencia, como herramientas tácticas imprescindibles para la inclusión social de las personas mayores.

Palabras clave: envejecimiento poblacional, teoría trialista del derecho, desafíos dikelógicos

Abstract: This work aims to critically examine the foundations and scope of the Sustainable Development Goals (SDGs), set forth in 2015 by the United Nations' Agenda 2030 for Sustainable Development. Based on the teachings of the trialist theory of law by Goldschmidt and Ciuro Caldani, I will address three aspects of the dikelological analysis from the referenced theory: the philosophical humanism of Agenda 2030; its three strategic principles –unity and diversity, equality and non-discrimination and community–; the role of empowerment, empathy, and a sense of belonging as essential tactical tools for the social inclusion of older adults.

¹ El presente artículo es una adaptación para la *Revista Jurídica* de la Universidad Nacional del Oeste de un trabajo publicado en septiembre de 2024 en la *Revista Cartapacio de Derecho*. e-ISSN 1850-0722.

² Abogada (Universidad Nacional de Rosario). Doctora en Derechos Humanos (Universidad Carlos III de Madrid). Posdoctorada (Universidad de Valladolid). Investigadora principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7577-3812>. Correo electrónico: isolinadabove@gmail.com.

Keywords: population aging, trialist theory of law, dikelological challenges

I - ENVEJECIMIENTO GLOBAL Y MULTIGENERACIONAL

Desde el final de las guerras mundiales y a partir de la implementación de los sistemas internacionales de derechos humanos, en todas las sociedades del mundo la longevidad se tornó moneda corriente (Naciones Unidas - CELADE, 2011). Las comunidades comenzaron a ser multigeneracionales, por la inédita coexistencia de dos generaciones de sesenta años y más (Dabove, 2008), y a estar feminizadas, por la mayor esperanza de vida de las mujeres (Dabove y Di Tullio Budassi, 2015).

Así, a nivel personal, la vejez se volvió una etapa esperable, y, en el ámbito social, la longevidad global empezó a repercutir fuertemente en todos los ámbitos de la vida cotidiana, con consecuencias no siempre positivas para las personas mayores.³

En 1969 Robert Butler acuñó la palabra "viejismo" para referirse a las prácticas sociales, costumbres, políticas y ejercicio de derechos basados en ideas falsas sobre la vejez que generan prejuicios negativos y, con ellos, destrato, degradación, sometimiento y exclusión de las personas mayores (Butler, 1969). Con el mismo tono de denuncia social, en 1970 Simone de Beauvoir publicó en París su libro *La vejez*. Gracias a ellos, entre otros, hoy sabemos que es *viejista* toda cultura que concibe la vejez solo en términos negativos, como enfermedad, decadencia, "segunda infancia", inutilidad, pasividad, costo o carga social, naturalizando así mitos y prejuicios, alimentando con ello la discriminación y exclusión social de las personas por el solo hecho de ser viejas (McGowan, 2007).

El combate contra los viejismos exige implementar políticas públicas, desarrollos económicos, derechos y programas educativos, científicos y artísticos centrados en el respeto a la persona mayor, su autonomía, su participación, su asistencia y su acceso a la justicia en igualdad de condiciones que todas las demás (Dabove, 2006). En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nuestras democracias aún adeudan el desafío de suprimir la discriminación histórica y la actual situación de exclusión que viven las personas mayores de las Américas.⁴

En lo que sigue reflexionaré sobre los fundamentos de esta meta estratégica y los alcances de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) planteados en 2015 por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas.⁵ Para ello, me referiré a tres

³"El envejecimiento de la población es un cambio profundo que tiene repercusiones en todas las facetas de la vida humana (la cursiva me pertenece). Incide en el desarrollo económico (ahorros, inversiones, consumo, mercados de trabajo, pensiones, tributos), en las transferencias intergeneracionales; en la composición de las familias y modalidades de convivencia, en la demanda de vivienda, en migraciones, epidemiología y atención de la salud; o incluso, en los comportamientos políticos, entre otros" (Bobbio, 1997, p. 23).

⁴Véase: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/universalizacion-sistema-interamericano.pdf>.

⁵Véase: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>.

cuestiones básicas: el humanismo filosófico de la Agenda 2030, sus tres principios estratégicos –la unicidad y diversidad, la igualdad y no discriminación, y la comunidad–, y el papel del empoderamiento, la empatía y el sentido de pertenencia como herramientas tácticas imprescindibles para la inclusión social de las personas mayores.

II - HUMANISMO Y TOLERANCIA PARA LA AGENDA 2030

El envejecimiento poblacional atraviesa los diecisiete objetivos de la Agenda 2030. El fin de la pobreza (ODS 1) y el hambre cero (ODS 2) exigen tener en cuenta a los millones de personas que ven reducidos sus ingresos a causa de la vejez, aun cuando accedan a una pensión o jubilación. La Agenda interpela a los sistemas de salud y bienestar (ODS 3), cada vez que se le niega cobertura a esta población a causa de los viejismos. Compromete a la educación de calidad (ODS 4), ya que en ninguno de sus niveles se prepara para el envejecimiento. Expresa claramente la necesidad de trabajar por la igualdad de género (ODS 5), puesto que las mujeres –mayoría poblacional– y las personas trans viven la vejez en peores condiciones que los varones. Está ligada al acceso al agua limpia y saneamiento (ODS 6), y a la energía asequible y no contaminante (ODS 7), porque ello garantiza calidad de vida y longevidad. Requiere de trabajo decente y crecimiento económico (ODS 8), industria, innovación e infraestructura (ODS 9), y exige trabajar fuertemente por la reducción de las desigualdades (ODS 10), ya que en la vejez se angosta el acceso a derechos y a las libertades fundamentales a causa de los prejuicios y mitos viejistas.

El envejecimiento poblacional puja por la transformación de las ciudades y comunidades para hacerlas amigables y sostenibles (ODS 11). Requiere producción y consumo responsables (ODS 12), y cuidado del medioambiente –acción por el clima, vida submarina, vida de ecosistemas terrestres– (ODS 13, 14 y 15). También, nos muestra que, sin paz, justicia e instituciones sólidas (ODS 16), y sin alianzas para lograr los objetivos (ODS 17), será muy difícil mantener la conquista cultural de la longevidad humana.

En la actualidad, las nuevas reivindicaciones de justicia y los éxitos logrados en las luchas sociales por los derechos de los grupos discriminados aportan la posibilidad de comprender la vejez desde un enfoque complejo e integrador, el del humanismo y la tolerancia. Así, como ya lo señalaba en 1998 en mi tesis doctoral (Dabove, 2002), a la hora de pensar en el diseño de instituciones políticas y jurídicas dirigidas a la vejez, este enfoque propone hacerlo de manera tal que “cada persona mayor pueda disponer de un marco de libertad que le permita desplegar su personalidad y fortalecer sus vínculos con los demás, en igualdad de condiciones” (Dabove, 2018, p. 36).

El humanismo tiene por meta la autonomía y el desarrollo integral de cada persona mayor. La tolerancia fija su atención en el respeto de la autonomía de todos los demás –individuos y grupos–, quienes también necesitan realizar sus proyectos y planes de

vida por igual (Di Tullio Budassi, 2012). Por ello, desde estas coordenadas, la política y el derecho quedan comprometidos a valorar a la persona mayor como sujeto –y no como simple objeto– en toda relación que entable con algún otro. Para Kant (1989), ello expresa también el deber moral de cada uno de no ser un simple medio para los demás, sino también un fin (*lex iusti*); la obligación general de no dañar injustificadamente (*lex iuridica*); y el deber de garantizar a cada uno lo suyo frente a los demás (*lex iustitiae*).

En suma, hoy la política y el derecho deben asumir el nuevo desafío de fortalecer la posición jurídica de los mayores y resguardar su condición de persona, sus atributos –nombre, domicilio, estado y capacidad–, sus derechos y libertades fundamentales, en igualdad de condiciones con todas las demás. De este modo, promoverán también la concreción de los diecisiete objetivos de la Agenda 2030.

III - PRINCIPIOS ESTRATÉGICOS DE DESARROLLO

A mi parecer, estas nuevas exigencias de justicia que plantea el actual envejecimiento poblacional pueden ser desarrolladas con ayuda de tres principios estratégicos: la unicidad y diversidad, la igualdad y no discriminación, y la comunidad (Dabove, 2002, 2018).

La vejez aporta claves nuevas para comprender que, por ser cada persona única, a ella le cabe de manera central resolver su destino. Por ser, al mismo tiempo, igual a los demás, a todos y a cada uno nos corresponde una zona de libertad a tal fin. Mas, por ser social, también nos incumbe comprender que ineludiblemente todos formamos parte de la comunidad humana (Dabove, 2018).

El humanismo enseña que cada uno es un ser singular, distinto e irrepetible, único, y que de ello deriva, precisamente, el “fundamento de la personalidad a la que la justicia asegura la libertad de desenvolvimiento” (Goldschmidt, 1987, p. 439).

La diversidad expresa los diferentes modos de vida e idiosincrasia que van adquiriendo los grupos sociales afines a lo largo del tiempo. Configura un sistema de vida específico, integrado por un conjunto de rasgos predicables solo para quienes lo componen, como lo hace el envejecimiento poblacional (Dabove, 2018).

En consecuencia, la vejez aparece como un indicador relevante de la unicidad de cada cual y también representa la diversidad social, que debe ser tomada en cuenta para implementar instrumentos jurídicos de empoderamiento.

La igualdad es el segundo componente de todo humanismo y es el fundamento en el que se basan los nuevos reclamos de justicia en torno a la vejez. Desde los tiempos de Aristóteles, la igualdad fue entendida como regla de justicia o exigencia de trato semejante entre los que son semejantes pero desigual para quienes son desiguales, en esa medida y proporción (Dabove, 2002, 2018).

En la actualidad, la vejez se ha convertido en un dato relevante para establecer y justi-

ficar alguna distinción en las políticas o los derechos (Davobe y Soto, 1992). También procura cancelar la discriminación, asegurando que las personas mayores puedan contar con las mismas oportunidades de desarrollo que todas las demás (Peces-Barba Martínez, 1986; Bobbio, 1997; Dabove y Soto, 1992; Nickel, 1987; Fishkin, 1987; Steiner, 1987; Goldman, 1987; Boxil, 1987; Kamm, 1985). Por ello, también está asociada a las acciones afirmativas, destinadas a remediar las desigualdades fácticas mediante el fortalecimiento de las personas situadas en condiciones de vulnerabilidad y desventaja.⁶

Por su parte, la palabra "comunidad" alude a lo que es común y a las características compartidas por un determinado conjunto de población (Corominas, 1980). En política suele estar asociada a la idea de nación, en el plano religioso o ideológico se la vincula con la cofradía y en relación con nuestra especie se la vincula con la fraternidad e idea de "familia humana" (Goldschmidt, 1978).

En cualquier caso, como nos recuerda Walzer (1993), sus integrantes comparten, dividen e intercambian bienes, cosas, aspiraciones, deseos, posiciones, debilidades, poder y afectos, todo lo cual va constituyendo a cada uno en sujetos y objetos de esta (Dabove, 2013). Por ello, la comunidad también se caracteriza por la existencia de un fuerte sentido de pertenencia, del cual se deriva una clara identidad social (Montero, 2004).

La vejez, sin embargo, pone en crisis precisamente esta identidad, ya que un síntoma característico de la cultura "viejista" es la ruptura del sentido de pertenencia de las personas mayores, motivada por los mitos y prejuicios sociales negativos sobre la vejez.

IV - FUNCIONES Y TÁCTICAS

En la actualidad, los tres principios estratégicos de justicia han abierto la posibilidad de concretar la Agenda 2030 mediante el recurso a tres herramientas tácticas: el empoderamiento –o fortalecimiento de sí–, la empatía –o identificación con los demás– y el sentido de pertenencia –o de integración comunitaria– (Dabove, 2018).

En nuestro sistema regional, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que ya cuenta con once Estados partes,⁷ establece estándares claros para el diseño de políticas humanistas que garanticen los derechos de las personas mayores (Dabove, 2018). Así, a la hora de programar políticas para concretar la Agenda 2030 es importante preguntarse si cada uno de ellos asegura, entre otros, igualdad y no discriminación, equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida, buen trato y atención preferencial, y protección judicial efectiva (art. 3º).

⁶ "Se trata de una igualdad para poder llegar a la meta. Es decir, que facilita el esfuerzo de cada uno haciéndolo posible, pero no lo sustituye. Pretende dar igual peso a todos para poder alcanzar el objetivo" (Peces-Barba Martínez, 2014, p. 247). Véase: Peces-Barba Martínez (1986) y Gross (1978).

⁷ Véase: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado ya en dos fallos emblemáticos sobre la importancia de tener en cuenta que hoy las "personas mayores tienen una protección reforzada, o doble protección", en sus derechos y libertades fundamentales. Así lo expresó en los casos "Poblete Vilches"⁸ y en "Muelle Flores".⁹

En consecuencia, el desarrollo de legislaciones y los mecanismos de resolución de conflictos deben fundarse en la promoción del empoderamiento de cada persona mayor, ya que trae como consecuencia un aumento en la autoconfianza, en el dominio de sí, en la creencia en la capacidad individual y en el poder de influenciar y participar en la vida comunitaria. También tienen que promover la realización del principio de igualdad a través de la empatía, ya que facilita la detección y el registro de las similitudes de las personas entre sí. El reconocimiento de derechos debe fortalecer el sentido de pertenencia por medio de la inclusión y la participación social de las personas mayores, propiciar la formación de redes u organizaciones y la apertura de espacios para que puedan expresar su capacidad productiva, sus habilidades para resolver los problemas que los involucran, tomar decisiones y mejorar las condiciones sociales de vida.

Junto a ello, es prioritario poner en marcha programas de educación en todos los niveles formales –primarios, secundarios, terciarios y universitarios– y en los sistemas no formales –como tareas de extensión y difusión al medio mediante redes sociales y medios de comunicación–. Sin dudas, todos ellos constituyen pilares fundamentales de la transformación social que la cultura no "viejista" requiere en la actualidad.

Así, por ejemplo, en la República Argentina, desde el año 2003 hemos logrado insertar en los planes de estudio de las carreras de Derecho asignaturas referidas al derecho de la vejez, de modo tal que los estudiantes de pregrado ya puedan acceder a las herramientas básicas para sus ejercicios profesionales próximos. Hasta ahora, el derecho de la vejez es enseñado en las cuatro facultades de Derecho más importantes de este país: la Universidad Nacional de Rosario –la primera en dictar la materia–, la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Nacional de Córdoba y la Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires. En la Universidad Nacional de Córdoba se dicta una Maestría en Derecho de la Vejez, acreditada por el Ministerio de Educación de la Nación, desde 2019, y ha sido declarada de interés por el Senado de la Nación Argentina.

También se realizan numerosas actividades de investigación, capacitación y extensión al medio desde 1994, de modo que poco a poco este espacio curricular se ha consolidado y está dando lugar a nuevas posibilidades de trabajo favorables a la ampliación de derechos de las personas mayores.

⁸ Corte IDH, "Poblete Vilches y Otros vs. Chile", 8 de marzo de 2018, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.

⁹ Corte IDH, "Muelle Flores vs. Perú", 6 de marzo de 2019, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf.

En definitiva, para envejecer con derechos, la política debe asumir que sin empoderamiento no habrá respeto de la unicidad o singularidad de cada persona mayor, ni de la diversidad social del envejecimiento poblacional. Sin desarrollo de la empatía no se podrá garantizar la igualdad, una de cuyas fuentes radica en la capacidad de comprensión de los demás. Sin sentido de pertenencia no podrán constituirse comunidades incluyentes, ni mundos jurídicos, ni sistemas judiciales que respeten a las personas mayores como fines en sí.

El sistema interamericano ha dado un gran paso con la aprobación y entrada en vigor de la Convención sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Pero el cumplimiento de la Agenda 2030 y la erradicación global de los viejismos exigen dar varios pasos más. Requieren más sistemas regionales que cuenten con tratados completos específicamente referidos a las personas mayores, como el que debería plantearse en la Unión Europea. Y precisan de una convención universal que reconozca de manera contundente que sin derechos y sin libertades no es posible envejecer con dignidad en ningún lugar del mundo.

REFERENCIAS

- BEAUVOIR, S. (1970). *La vejez*. Sudamericana.
- BOBBIO, N. (1997). *De senectute*. Taurus.
- BOXIL, B. R. (1987). Global equality of opportunity and national integrity. *Social Philosophy and Policy*, 5(1).
- BUTLER, R. (1969). Age-ism: another form of bigotry. *The Gerontologist*, 9 (4). https://doi.org/10.1093/geront/9.4_Part_1.243
- COROMINAS, J. (1980). *Diccionario etimológico de la lengua castellana* (3ª ed.). Gredos.
- DABOVE, M. I. (2002). *Los derechos de los ancianos*. Ciudad Argentina.
- DABOVE, M. I. (2006). Discriminación y ancianidad. Reflexiones filosóficas en torno al sistema jurídico argentino. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 9.
- DABOVE, M. I. (2008). Derecho y multigeneracionismo, o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez. *Revista de Derecho de Familia*, 40.
- DABOVE, M. I. (2013). De las políticas sociales al derecho de la vejez: sobre la necesidad de un modelo iusfundamental de ciudadanía en la ancianidad. En V. Montes de Oca (coord.), *Envejecimiento en América Latina y el Caribe. Enfoques en investigación y docencia de la Red Latinoamericana de Investigación en Envejecimiento*. UNAM y Oxford Institute of Ageing.
- DABOVE, M. I. (2018). *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*. Astrea.
- DABOVE, M. I. y DI TULLIO BUDASSI, R. G. (2015). Derecho de alimentos y vejez multigeneracional. En A. Krasnow (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, T. I. La Ley.

- DABOVE, M. I. y SOTO, A. F. (1992). Algunas ideas en torno a la igualdad en relación con la discriminación y a la especificidad. *Investigación y Docencia*, 20.
- DI TULLIO BUDASSI, R. G. (2012). La evolución legislativa y jurisprudencial en materia de salud mental referida a la vejez: perspectiva en el derecho proyectado. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2012 (sep 56).
- FISHKIN, J. S. (1987). Liberty versus equal opportunity. *Social Philosophy and Policy*, 5(1).
- GOLDMAN, A. H. (1987). The justification of equal opportunity. *Social philosophy and policy*, 5(1).
- GROSS, B. R. (1987). Real equality of opportunity. *Social Philosophy and Policy*, 5(1).
- GOLDSCHMIDT, W. (1978). *Introducción filosófica al derecho*. Depalma.
- KAMM, F. M. (1985). Equal treatment and equal chances. *Philosophy and Public Affairs*, 14(2).
- KANT, I. (1989). *La metafísica de las costumbres*. Tecnos.
- MCGOWAN, T. (2007). Ageism and discrimination. En J. E. Birren, *Encyclopedia of Gerontology: Age, aging, and the aged*. Cambridge University Press.
- MONTERO, M. (2004). *Introducción a la psicología comunitaria. Desarrollo, conceptos y procesos*. Paidós.
- NACIONES UNIDAS - CELADE. (2011). Envejecimiento poblacional. *Observatorio demográfico*, VI(12).
- NICKEL, J. W. (1987). Equal opportunity in a pluralistic society. *Social Philosophy and Policy*, 5(1).
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1986). *Los valores superiores*. Tecnos.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (2014). *Curso de derechos fundamentales*. Boletín Oficial del Estado - Universidad Carlos III de Madrid.
- STEINER, H. (1987). Capitalism, justice and equal starts. *Social Philosophy and Policy*, 5(1).
- WALZER, M. (1993). *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Fondo de Cultura Económica.



**RENTA BÁSICA UNIVERSAL
EN LA CONSTITUCIÓN DE LA RIOJA**

Carina Tello y Jorge Ricardo Herrera

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 11/02/2025

Aprobado: 13/03/2025

RENTA BÁSICA UNIVERSAL EN LA CONSTITUCIÓN DE LA RIOJA

UNIVERSAL BASIC INCOME IN THE CONSTITUTION OF LA RIOJA

Por Carina Tello¹ y Jorge Ricardo Herrera²

Consejo de Divulgación de la Reforma de La Rioja,
Universidad de Chilecito, Argentina

Resumen: Este trabajo aborda la renta básica universal como un derecho de rango constitucional, a raíz de su reciente incorporación en la Constitución de la provincia de La Rioja. En ese marco, se propone analizar sus fundamentos conceptuales y su viabilidad, todo ello desde una perspectiva federal, humanista y solidaria.

Palabras clave: renta básica universal, reforma constitucional de La Rioja, desigualdad, derechos de cuarta generación, seguridad social

Abstract: This paper examines universal basic income as a constitutional right, following its recent inclusion in the Constitution of the province of La Rioja. Within this framework, it aims to analyze its conceptual foundations and feasibility from a federal, humanist, and solidarity-based perspective.

Keywords: universal basic income, constitutional reform of La Rioja, inequality, fourth-generation rights, social security

¹ Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Especialista en Derecho Procesal Civil (Universidad de Buenos Aires). Escribana (Universidad Siglo 21). Diplomada en Políticas Públicas en Clave Local (Universidad Nacional de Villa María). Litigante desde 1998. Vicepresidenta del Partido Justicialista de la provincia de La Rioja. Convencional constituyente por el Departamento de Gral. Ocampo. Fue docente en la Universidad Nacional de La Rioja y en la Universidad Tecnológica Nacional. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-0978-6340>. Correo electrónico: estudiocarinatello@gmail.com.

² Abogado (Universidad Católica de Córdoba). Diplomado en Gestión Previsional. Docente de Legislación Local y Regional y Derecho Privado III (Universidad Nacional de Chilecito). Diputado nacional. Vicepresidente de la Comisión de

I - INTRODUCCIÓN Y MARCO CONCEPTUAL

La reforma constitucional de la provincia de La Rioja puso de relieve aspectos de vanguardia para el constitucionalismo social argentino. La incorporación de la renta básica como principio constitucional es un avance que merece especial atención. En este trabajo abordaremos dicha incorporación a partir de una revisión de sus fundamentos conceptuales, con el objetivo de comprender su alcance y su relevancia en el marco del derecho constitucional contemporáneo.

En primer término, consideramos oportuno mencionar que hay diferentes denominaciones asociadas al concepto de renta básica: renta mínima, renta universal, ingreso básico universal, entre otras. Todas estas variantes comparten un denominador común: la idea de construir una herramienta destinada a garantizar un ingreso mínimo que permita cubrir las necesidades esenciales y contribuir a la reducción de las desigualdades.

En palabras de Philippe Van Parijs y Yannick Vanderborght (2006), se denomina renta básica al ingreso conferido por una comunidad política a todos sus miembros sobre una base individual, sin control de recursos ni exigencia de contrapartida.

Para Miguel Ángel Fernández Pastor (2023), en nuestro país resulta más conveniente la utilización de la denominación "ingreso", dado que la palabra "renta" está asociada a una connotación diferente que refiere a rendimientos de inversiones financieras.

Recientemente, el autor argentino Fernando Gril (2023) definió como "renta básica universal" o "ingreso básico universal" el pago mensual que reciben todos y cada uno de los ciudadanos mayores de dieciocho años de un país sin ninguna contraprestación, que equivale a un monto superior o igual a la línea de la pobreza.

La renta básica no resulta un concepto novedoso, es una idea que recorrió el mundo y que actualmente se lleva adelante en alrededor de diecinueve países, con diferencias en su denominación e implementación. Las experiencias más significativas que podemos mencionar, de acuerdo con Gril, son: el Fondo Permanente, en Alaska (1982); Fondo Soberano, en Noruega (1996); Ley de Renta Básica de Ciudadanía, en Brasil (2001), como el primero en Latinoamérica; Programa Inua Jamii, Kenia (2004); Programas pilotos en Madhya Pradesh y Delhi financiados por UNICEF en India (2011); Renta Básica Experimental, en Finlandia (2017/18); Renta Básica Mincome, en Manitoba (1975) y Obip en Ontario, Canadá (2017); Renta Garantizada de Ciudadanía en Barcelona (2017); Renta de Ciudadanía, en Italia (2019); Ingreso Mínimo Vital, en España (2020); Plan de demostración de empoderamiento económico de Stockton, California (2019).

Históricamente, la noción de renta básica puede ubicarse hasta principios del siglo XVI, cuando la asistencia a los más vulnerables se concebía principalmente como un ac-

Asuntos Provisionales de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Fue diputado por la provincia de La Rioja. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-6785-3907>. Correo electrónico: drherrera1974@gmail.com.

to de caridad. No obstante, con el advenimiento de la Revolución Industrial, en el siglo XIX, se erosionaron las formas tradicionales de solidaridad colectiva, generando un nuevo escenario social en el que comenzó a plantearse la necesidad de mecanismos estructurales y universales de protección e inclusión.

II - LA DESIGUALDAD NOS APREMIA

La renta básica encuentra su fundamento como respuesta a contextos en los que las garantías de los derechos sociales se ven amenazadas por la fragmentación del empleo y la persistencia de la pobreza. En escenarios marcados por la precarización laboral, el ensanchamiento de las brechas sociales y el avance de la exclusión estructural se vuelve indispensable repensar el rol del Estado en la construcción de políticas públicas que aseguren condiciones mínimas de dignidad, inclusión y justicia social.

Según la actualización de abril de 2024 del Banco Mundial:

Alrededor de 700 millones de personas viven con menos de USD 2,15 al día (la línea de pobreza extrema). Tras décadas de avances, el ritmo de reducción de la pobreza mundial comenzó a disminuir en 2015, a la par de un crecimiento económico moderado. El Objetivo de Desarrollo Sostenible de poner fin a la pobreza extrema para 2030 sigue siendo inalcanzable. La pandemia de COVID-19 y una serie de grandes perturbaciones durante 2020-22 propinaron un duro golpe a la aspiración de reducir la pobreza mundial e hicieron perder tres años de avances. Los países de ingreso bajo fueron los más afectados, y aún no se recuperan. En 2022, un total de 712 millones de personas vivían en la pobreza extrema en todo el mundo, un aumento de 23 millones en comparación con 2019.³

Junto a esto, también manifiesta que:

Para erradicar la pobreza es necesario abordar sus múltiples dimensiones. Los países no pueden enfrentar adecuadamente este problema sin mejorar también el bienestar de las personas de manera integral, lo que incluye un acceso más equitativo a la salud, la educación, y la infraestructura y los servicios básicos, entre ellos los servicios digitales.

En esa misma línea se inscribe el llamamiento de Naciones Unidas a los Estados miembros y las organizaciones, instando a que el modelo económico evolucione a un sistema basado en los derechos humanos, donde las personas puedan llevar una vida digna en un planeta habitable.

³ Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview>.

En Argentina, según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos relativos al primer semestre de 2024, el porcentaje de hogares por debajo de la línea de pobreza alcanzó el 42,5 %; en ellos reside el 52,9 % de las personas. Dentro de este conjunto se distingue un 13,6 % de hogares por debajo de la línea de indigencia, que incluyen al 18,1 % de las personas. Esto implica que, para el universo de los 31 aglomerados urbanos de la Encuesta Permanente de Hogares, 4.319.760 hogares se encuentran por debajo de la línea de pobreza, que incluyen a 15.685.603 personas; y, dentro de ese conjunto, 1.378.142 hogares se encuentran por debajo de la línea de indigencia, lo que representa 5.379.588 personas indigentes.⁴

Este escenario, que refleja la más cruda realidad humana –como el crecimiento de la pobreza a valores históricos–, nos debe llevar a todos los gobiernos provinciales, locales y el nacional a extremar y agudizar las estrategias para afrontar la situación desde una perspectiva humanista, social y de asistencia.

III - RENTA BÁSICA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

La Rioja se posiciona con determinación en relación con esta perspectiva en clave de derechos humanos y con el reconocimiento de derechos de cuarta generación. Es por eso que también resulta un salto cualitativo dejar establecido con rango constitucional un derecho que se inscribe en el constitucionalismo social, con un Estado que da un paso hacia la función solidaria de la economía con la incorporación de la renta básica universal como un instrumento posible, justo y equitativo.

El 10 de diciembre de 2019, el actual titular del Poder Ejecutivo de la provincia de La Rioja, en oportunidad de dar su discurso de asunción, mencionó la necesidad de establecer la consagración de una renta básica, junto a otros temas que fueron consignados como prioritarios para una eventual reforma de la Constitución provincial.

Esta propuesta rápidamente obtuvo el consenso necesario que permitió impulsar la ley de reforma parcial de la Constitución provincial.⁵ Entre sus disposiciones, se habilitó en su artículo 4º, referido a los puntos de reforma, el abordaje de la renta básica universal.

Las sesiones constituyentes, realizadas con rigurosidad académica, especializada y pormenorizada en el marco de la convención, permitieron consensuar el texto dispositivo, el alcance conceptual y su aplicación, y culminaron el 22 de julio de 2024. Finalmente, en el artículo 24 de la Constitución reformada quedó plasmado el derecho a la renta básica universal:

El Estado Provincial garantiza a sus ciudadanos, un ingreso mínimo básico universal destinado a satisfacer sus derechos humanos fundamentales. Este ingre-

⁵ Ley 10.609, del 15 de diciembre de 2022.

so será fijado con criterios de justicia social y responsabilidad fiscal. Una ley reglamentará las pautas de asignación.

Dicho artículo encierra en sus líneas la concepción filosófica de un Estado presente en el desarrollo de la vida. Entender la renta básica universal como la posibilidad de garantizar derechos esenciales para la ciudadanía es quizás el principio más humanista y primigenio de este concepto.

En este sentido, resulta conveniente plantear el "compromiso ético" que expone Fernández Pastor (2023):

El ingreso básico universal representa una obligación jurídica y un compromiso ético de toda la sociedad, que nace de la conciencia humana y tiene por objetivo alcanzar una distribución equitativa del ingreso nacional y de las cargas públicas. Intenta construir una sociedad con equidad donde se conjugan las ideas de democracia y libertad con las de dignidad y amor al prójimo.

IV - LOS CONTEXTOS DE VULNERABILIDAD Y LA JURISPRUDENCIA

Desde el punto de vista jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia, en diferentes fallos, abordó los contextos de vulnerabilidad social desde la perspectiva de la convencionalidad y desde las cláusulas de progreso del texto constitucional. Solo a modo de mención podemos ejemplificar esta tendencia con el fallo "Esquivel",⁶ en el que se confirmó la sentencia que dispuso que el Estado nacional, el provincial y el municipal, demandados, prestaran asistencia integral tendiente a superar el estado de vulnerabilidad de la familia. Pues, frente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar el derecho a la alimentación del grupo vulnerable, el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso de las obligaciones debidas en otras jurisdicciones, en tanto lo fundamental es que debe asistirlo. Y ello es así, sin perjuicio de los eventuales deslindes y compensaciones que pueda reclamar por las vías pertinentes de quien en definitiva resulte obligado.

Lorenzetti sostuvo, en relación con el artículo 75 inc. 23, que, si bien es una

norma dirigida específicamente al legislador federal, debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia, que deberá además contemplar –por expreso mandato constitucional– el diseño de un régimen de seguridad social, especial e integral para proveer a la "protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental".

⁶ CSJN, "Esquivel, Roberto y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social y otros s/ amparo ley 16.986", 21 de diciembre de 2022, fallos 345:1481. Con disidencia del juez Lorenzetti.

En igual sentido, sostuvo en el mismo fallo:

En el plano internacional se destaca la Declaración Universal de los Derechos Humanos –de rango constitucional, art. 75, inc. 22– que reconoce a toda persona el derecho “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (art. 25).

Otro pronunciamiento importante en materia de abordaje de la vulnerabilidad es el fallo “García”⁷ en el cual se afirma que, a los fines de establecer los montos del resarcimiento que reclaman los actores por un menor en relación con las graves lesiones y secuelas sufridas como consecuencia de una sepsis severa por HIV y las reiteradas infecciones intrahospitalarias contraídas, no debe prescindirse de los principios rectores que ha delineado la Corte para estos supuestos en los que se verifica una extrema situación de vulnerabilidad y la falta de recursos económicos suficientes para afrontar los tratamientos médicos adecuados.

La vida es el derecho primordial de las personas, protegido por la ley fundamental y eje central del sistema jurídico. Desde la reforma constitucional de 1994, se ha destacado que el derecho a la salud forma parte del derecho a la vida, exigiendo acciones positivas por parte de las autoridades para garantizarlo, conforme a artículos de la Constitución nacional.

En relación con los derechos de las personas con discapacidad, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) subraya el deber de los Estados de garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos para niños y niñas con discapacidad, enfocándose en su interés superior. Reafirma el derecho inherente a la vida y establece el acceso a niveles adecuados de salud, vida, alimentación y vivienda, además del apoyo necesario para ejercer capacidad jurídica.

Esta tendencia jurisprudencial y convencional claramente pone de manifiesto que institutos como la renta básica universal son medios de concreción de los mandatos constitucionales tendientes a promover el bienestar general de la población, al igual que las cláusulas de desarrollo contenidas en el artículo 75 inc. 19.

La Constitución de La Rioja, al consagrar el derecho a la renta básica, marca un cambio de paradigma altamente significativo, no solo por su carácter programático, sino también por la futura operatividad que exigirá de las adecuaciones normativas en el marco de la dinámica social que nos caracteriza como comunidad jurídicamente organizada.

⁷ CSJN, “Recurso de hecho deducido por Facundo Nicolás García, Julio Alberto García y Amalia Liliana Godoy en la causa García, Facundo Nicolás y otros c/ Municipalidad de San Isidro y otros”, 3 de julio de 2021, fallos 344:1291.

V - UN CAMINO POSIBLE

La constitucionalización de la renta básica universal nos posiciona en un estadio interesante para avanzar también en la modernización del sistema de la seguridad social. Entendida, en un sentido amplio, como la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia.

Para la Organización Internacional del Trabajo, la protección social o seguridad social es un derecho humano definido como un conjunto de políticas y programas diseñados para reducir y prevenir la pobreza y la vulnerabilidad en todo el ciclo de vida.⁸ Esto nos lleva indefectiblemente al núcleo central de la pobreza y la indigencia como componentes esenciales en la definición del universo de la ciudadanía a la que se le debe garantizar la renta básica universal, y, por ende, también la valoración de la distribución del ingreso.

Ahora bien, con la renta básica incorporada como derecho en la Constitución de La Rioja, el Estado provincial en las próximas instancias deberá arbitrar los mecanismos para dar el paso necesario y aplicar el principio constitucional recientemente establecido. El camino posible, para una primera instancia de implementación, vendrá de la mano de la reconversión de los distintos planes y programas sociales. De este modo, las personas contempladas a través de esos instrumentos se convertirían en ciudadanos y ciudadanas con el derecho a la renta básica universal.

En términos de financiamiento, los recursos que actualmente se destinan a sustentar dichos planes y programas sociales serían destinados al otorgamiento de la renta básica.

El objetivo es garantizar que el Estado no se limite a reducir su presencia, sino que, por el contrario, se presente más eficiente y activo en su intervención a fin de asegurar un piso mínimo para que las personas puedan cubrir sus necesidades esenciales. Este fortalecimiento del rol estatal implica brindar a las personas en condición de vulnerabilidad una estabilidad que les permita la búsqueda de un empleo formal. De este modo el Estado no se limita a proporcionar un apoyo transitorio, sino que ofrece herramientas de inclusión social, promoviendo la autonomía y la movilidad social.

La provincia de La Rioja avizora para la renta básica, por un lado, un carácter meramente social, y, por el otro, una orientación a una salida laboral con formación en oficios y capacitación para la generación de oportunidades que permitan a la persona acceder a mejoras laborales y de empleo. En este sentido, no es vista como un fin en sí misma, sino como un medio para romper el ciclo de pobreza y exclusión y fomentar un desarrollo económico y social más justo y equitativo. A la vez, su aplicación efectiva posibilitará simpli-

⁸ Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202). Disponible en: https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524.

ficar el sistema de asistencia social, reduciendo los costos de múltiples programas y subsidios en el futuro.

Uno de los principales argumentos de quienes cuestionan la renta básica es el costo y la viabilidad financiera del sistema. Señalan que su implementación requeriría de una fuente estable de ingresos a lo largo del tiempo sin generar un aumento en la deuda pública. La preocupación radica en que los gastos asociados a este tipo de programas podrían resultar insostenibles a largo plazo, especialmente si no se identifican mecanismos de financiamiento adecuados que no comprometan la estabilidad fiscal del Estado.

Al respecto, Gril (2023) sugiere "reinventar el Estado y sus impuestos" (p. 46), una idea que, lejos de ser descabellada, merece ser analizada detenidamente. Al considerar el contexto y los desafíos actuales, la propuesta se presenta como una estrategia viable para reformar el sistema tributario de manera que pueda sustentar iniciativas como la renta básica.

Es preciso mencionar que la reforma de la Constitución de la provincia de La Rioja puso especial énfasis en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (art. 39, "Ciudadanía Digital y Gobierno Abierto"; art. 40, "Macrodatos"; art. 51, "Derecho de Acceso a la Conectividad e Internet"; art. 96, "Libre Acceso a la Información Pública").

El artículo 40, que establece que el Estado, a través de una ley específica, "establecerá el procedimiento de tratamiento de macrodatos", deja una puerta abierta para su tratamiento en profundidad. En la actualidad, algunas plataformas tecnológicas de gran alcance –Google, Microsoft, Facebook, Amazon, Uber– no tributan de manera tradicional por la totalidad de los servicios que prestan, dado que no se encuentran del todo reguladas. Desde nuestra perspectiva, aquí puede encontrarse una fuente de financiamiento estable y sostenible. Las ganancias que deja todo lo referido a las tecnologías de la información y la comunicación –como metadatos, macrodatos, inteligencia artificial, por mencionar los más conocidos– son siderales.

El proyecto que estableció la necesidad de reforma no impuso los temas a considerar de manera arbitraria. Nuestra provincia ha venido observando detenidamente el desarrollo global y evaluando las oportunidades ofrece para promover el crecimiento integral de la sociedad. En este sentido, se busca explotar los recursos y potenciales locales, complementándolos con las posibilidades que brinda el contexto internacional. Este enfoque intenta sentar las bases de un desarrollo conjunto que sea real y tangible, garantizando que los beneficios del crecimiento sean distribuidos equitativamente entre todos los sectores de la población, sin exclusiones.

VI - CONCLUSIONES

La incorporación de la renta básica universal en la Constitución de La Rioja representa un hito significativo en la lucha por la justicia social y la dignidad humana. Este derecho,

que busca garantizar un ingreso mínimo para toda la ciudadanía, se alinea con principios fundamentales de equidad y solidaridad, en un contexto donde la pobreza y la desigualdad continúan siendo desafíos apremiantes.

A lo largo de la historia, las iniciativas de renta básica han evolucionado y se han adaptado a diferentes contextos, demostrando ser una herramienta efectiva para combatir la pobreza. El escenario actual demanda respuestas concretas que vayan más allá de la asistencia temporal.

La renta básica universal no es simplemente una medida paliativa. Es un paso hacia la construcción de un sistema que valore y respete los derechos humanos de cada persona, asegurando que nadie quede excluido de lo esencial para una vida digna.

REFERENCIAS

- FERNÁNDEZ PASTOR, M. A. (2023). *Ingreso Básico universal, ideas para un debate necesario*. IEF - CTA Autónoma.
- VAN PARIJS, P. y VANDERBORGHT, Y. (2006). *La renta básica, una medida eficaz para luchar contra la pobreza*. Paidós.
- GRIL, F. (2023). *Renta Básica Universal: Por Qué y cómo terminar para siempre con la pobreza*. Algoritmo Books.



**EL IMPACTO DE LA DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS
EN LOS MUNICIPIOS BONAERENSES**

Daniel Dardo Lorea y Matías Mario Masini

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 09/02/2025

Aprobado: 22/03/2025

EL IMPACTO DE LA DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS EN LOS MUNICIPIOS BONAERENSES

THE IMPACT OF RESOURCE DISTRIBUTION IN BUENOS AIRES MUNICIPALITIES

Por Daniel Dardo Lorea¹ y Matías Mario Masini²

Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires, Argentina

Resumen: El presente trabajo expone un análisis de los regímenes de coparticipación federal y de coparticipación municipal en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, con el objeto de evaluar la situación actual y la necesidad de incorporar de manera plena a los Municipios como actores con poder autónomo. En ese orden de ideas, se presenta un repaso de la distribución de recursos existente y se plantea la pertinencia de su revisión, en virtud de las nuevas funciones y competencias que desarrollan los municipios en la actualidad y su proyección futura.

Palabras clave: coparticipación, recursos, municipios, masa coparticipable, distribución primaria, distribución secundaria

Abstract: This paper presents an analysis of the Federal Co-participation and Municipal Co-participation regimes in the province of Buenos Aires, in order to evaluate the current situation and the need to fully incorporate the municipalities as actors with autonomous power. In this order of ideas, a review of the existing distribution of resources is presented, and the relevance of its revision is raised, by virtue of the new functions and competencies that municipalities currently develop, and their future projection.

¹ Contador público a cargo de la Oficina de Análisis y Seguimiento Presupuestario de la Honorable Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires. Exsecretario administrativo de la Honorable Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires y exsubsecretario de Política y Coordinación Fiscal del Ministerio de Economía de la provincia de Buenos Aires. También fue subsecretario de Gestión y Empleo Público de la provincia de Buenos Aires. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-3942-1737>. Correo electrónico: daniellorea@gmail.com.

² Licenciado en Economía. Contador público (Universidad Católica de La Plata). Relator de la Comisión de Presupuesto e Impuestos de la Honorable Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires. Asesor legislativo. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-0075-9167>. Correo electrónico: matiasmasini@hotmail.com.ar.

Keywords: co-participation, resources, municipalities, co-participative mass, primary distribution, secondary distribution

I - INTRODUCCIÓN

Si bien no es el objetivo del presente trabajo realizar un compendio normativo, repasaremos diferentes previsiones legislativas para entender cómo funcionan los regímenes de coparticipación y luego abordar las particularidades del régimen provincial.

El régimen de coparticipación federal de impuestos, regido por la Ley nacional 23.548, fue sancionado por el Congreso en 1988, mientras que el régimen de coparticipación en la provincia de Buenos Aires, establecido en la Ley 10.559, fue sancionado por la Legislatura en 1987. Ambos marcos normativos, si bien fueron adaptados y complementados con leyes específicas, pactos o acuerdos fiscales, han mantenido su vigencia por más de cuarenta años, en un país y en una provincia que han cambiado sustancialmente, donde la idea de descentralización como consecuencia de un Estado federal se ha arraigado en un territorio donde coexisten diversas jurisdicciones con autonomía.

En nuestro ordenamiento jurídico, el federalismo no tiene como eje la idea de un poder central que se desprende de funciones hacia entes menores, sino que son esos entes subnacionales los que se desprenden de un poder que les es propio para otorgárselo a un poder creado, en razón de ser las provincias preexistentes al Estado federal.

Las entidades integrantes de un Estado federal mantienen su individualidad, su personalidad política, gestionando las temáticas que les son propias.

II - EL RÉGIMEN FEDERAL DE DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS

En el ámbito federal, la distribución de los recursos se realiza a través del régimen de coparticipación federal, establecido en la Ley 23.548, denominada Régimen Transitorio de Distribución entre la Nación y las Provincias, que, entre otras cuestiones, dispone cómo estará integrada la masa de fondos a distribuir y qué porcentaje se asignará en la distribución primaria –entre la Nación y las provincias–³ y en la distribución secundaria –las provincias entre sí, excepto Tierra del Fuego– .

La masa de fondos a distribuir está integrada por el producido de todos los impuestos nacionales existentes o a crearse, con una serie de excepciones, entre las que se destacan los derechos de importación y exportación, aquellos cuya distribución esté prevista en regímenes especiales de coparticipación, y los impuestos o contribuciones naciona-

³ La Nación, de la parte que le corresponde conforme a la Ley 23.548, entregará a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y al Territorio Nacional de Tierra del Fuego una participación compatible con los niveles históricos.

les con afectación específica (art. 2º, Ley 23.548). La exclusión en el régimen de coparticipación de los derechos de importación y exportación tiene raigambre constitucional, establecida en el artículo 4º de la regla altísima.

Este régimen "transitorio", aún vigente, fue objeto de tratamiento en la reforma constitucional de 1994 e incorporado en el actual texto constitucional mediante la disposición transitoria sexta, que determina que "un régimen de coparticipación será establecido antes de la finalización del año 1996". Asimismo, el artículo 75 inc. 2 establece:

Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre estas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

Claramente, el complejo mecanismo establecido para la sanción de la ley convenio –siendo esta distribución un "juego de suma cero"⁴– lleva a que, veintinueve años después del vencimiento del plazo establecido en la Constitución, no se haya logrado la sanción de una nueva ley de coparticipación federal bajo los parámetros allí determinados.

Volviendo a las distribuciones de recursos primaria y secundaria establecidas en la Ley 23.548, el artículo 3º determina que, del total recaudado por los gravámenes alcanzados, un 42,34 % corresponde en forma automática a Nación; un 54,66 % en forma automática al conjunto de las provincias; un 2 % para el recupero del nivel relativo de las provincias de Buenos Aires (1,5701 %), Chubut, Neuquén y Santa Cruz (cada una, 0,1433 %); y el 1 % restante para el fondo de aportes del Tesoro Nacional a las provincias. Asimismo, el artículo 4º determina la distribución secundaria –entre provincias– del 54,66 %, correspondiéndole a la provincia de Buenos Aires un 19,93 % de ese porcentaje. Es decir que, ponderando la participación que obtiene nuestra provincia por ambas vías, se alcanza el 12,46 % del total de los recursos a distribuir.

Asimismo, en la Ley 23.548 se establecen otras dos cuestiones a destacar: el art. 7º

⁴ Concepto utilizado en teoría de juegos y economía para describir una situación en la que el beneficio o la ganancia de un jugador es exactamente igual a la pérdida de otro jugador.

determina que el monto a distribuir a las provincias no podrá ser inferior al 34 % de la recaudación de los recursos tributarios nacionales de la Administración central, tengan o no el carácter de distribuibles por esta Ley; mientras que el artículo 9º determina que la adhesión de cada provincia a este régimen se dará mediante una ley que contendrá una serie de requisitos, destacándose a los fines de este artículo lo establecido en el inciso g, que obliga a las provincias a establecer un sistema de reparto de los ingresos que se originen en esta ley para los municipios de su jurisdicción, el cual deberá estructurarse asegurando la fijación objetiva de los índices de distribución y la remisión automática y quincenal de los fondos.

III - LA COPARTICIPACIÓN MUNICIPAL

La obligación de garantizar un régimen de coparticipación municipal en la adhesión a la Ley 23.548 del año 1988 es anterior a la necesidad de reforma y al reconocimiento de la autonomía de los municipios consagrada en la Constitución federal de 1994. En esa oportunidad, la Convención Constituyente determinó que la organización de nuestro Estado federal sumara un nuevo centro de poder autónomo: el Municipio.

La autonomía municipal argentina, en el sentido aceptado hoy en día, fue una creación jurisprudencial⁵ que vino a cristalizarse normativamente con la ya citada reforma constitucional de 1994, pero sigue siendo un concepto en construcción, sobre todo en la provincia de Buenos Aires, donde el capítulo municipal no fue alcanzado por la reforma bonaerense del mismo año, siendo que la Constitución nacional estableció la autonomía municipal y facultó a las provincias a determinar y reglamentar su alcance.

En ese sentido, en el nuevo régimen federal de coparticipación no pueden dejar de contemplarse las cuestiones atinentes a la composición de la masa coparticipable; la distribución primaria y secundaria; el equilibrio regional y la participación de los municipios en el régimen.

En primera instancia existen tres sujetos beneficiarios u obligados del régimen de coparticipación federal de impuestos: la Nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Pero luego de la reforma constitucional de 1994, que consagró la autonomía municipal, nace la obligación de incluir en la nómina a los municipios.

En este marco, todo el arco doctrinario coincide en que la organización federal del Estado argentino, que establecía un reparto de competencias entre Gobierno federal y provincias, tiene ahora un nuevo actor, que son los municipios, "con las competencias que les reconozca la respectiva Constitución provincial en materia institucional, política, administrativa, económica y financiera", donde la competencia financiera deriva en un régimen de coparticipación.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Rivademar, Ángela Digna Balbina Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario s/ recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción", 21 de marzo de 1989, fallos 312:326.

Asimismo, si consideramos que en la Ley 23.548 se les reconoce a los municipios (art. 9º) la posibilidad de participar en el producido de los tributos provinciales y nacionales coparticipados a las provincias, o, dicho de otra forma, si antes de 1994, en el régimen transitorio, los municipios ya tenían un rol en la participación y coordinación de las relaciones fiscales federales, con la reforma se impone que dejen de ser invitados para pasar a ser contemplados obligatoriamente en la futura "ley convenio", no solo por mandato de las constituciones provinciales, sino por el nuevo estatus que tiene la autonomía municipal en la Constitución nacional.

Esta postura no confronta con las facultades provinciales, ya que la adhesión al nuevo régimen que reemplace al transitorio debería materializarse por una ley provincial, con un marco federal donde es obligatorio reconocer la autonomía municipal.

Reforzando la idea anterior, es necesario destacar la Ley 27.429, mediante la cual se aprobó el Consenso Fiscal que suscribieron las provincias y el Estado federal el día 16 de noviembre de 2017, que, entre otras cosas, estableció las bases para una nueva ley de coparticipación federal de impuestos.

En el mencionado acuerdo, las provincias se obligaron a: "n) Establecer un régimen legal de coparticipación de recursos provinciales con los municipios. o) Establecer un régimen legal de responsabilidad fiscal, similar al nacional, para sus municipios, impulsar que estos adhieran y controlar su cumplimiento".

En similar sentido, el Pacto de Mayo (de 2024), en su punto sexto, menciona la necesidad de rediscutir la coparticipación federal de impuestos.

IV - EL ACTUAL RÉGIMEN DE COPARTICIPACIÓN MUNICIPAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Hasta el momento hemos esbozado argumentos acerca de la necesidad de la reforma del régimen federal de distribución de recursos y el establecimiento de un nuevo régimen federal que contemple los municipios y que mediante la ley de adhesión provincial confluya hacia un nuevo régimen de coparticipación en las veintitrés provincias argentinas.

Sin embargo, como primer paso es necesario detallar el régimen actual, en este caso el de la provincia de Buenos Aires, para entender su funcionamiento y establecer parámetros que nos permitan aportar al debate de un nuevo régimen.

Como ya se ha mencionado, el régimen de coparticipación municipal en la provincia de Buenos Aires se encuentra regido por la Ley 10.559 y modificatorias, sancionada en octubre de 1987. La ley original fue luego complementada por las Leyes 10.752 y 10.820, de 1989, que establecieron los parámetros de distribución del régimen de salud. Luego de esas leyes complementarias, no se introdujeron modificaciones sustanciales en el régimen, dada la restricción de la provincia producto de su baja participación en el régimen federal.

Masa coparticipable

La masa coparticipable a distribuir entre los municipios está integrada por los siguientes recursos provinciales y nacionales (art. 1º, Ley 10.559):

- Impuestos sobre los ingresos brutos no descentralizados al ámbito municipal.
- Impuesto inmobiliario urbano.
- Impuesto a los automotores.
- Impuesto de sellos.
- Tasas retributivas de servicios.
- Coparticipación federal de impuestos.

En este punto es necesario realizar las siguientes aclaraciones: en el caso del impuesto sobre los ingresos brutos, excluye a los contribuyentes alcanzados por el Programa de Descentralización Administrativa Tributaria municipal que rige en la provincia, ya que estos contribuyentes, en general pequeños y con desarrollo de actividades en un solo municipio, son administrados por las Municipalidades y su recaudación distribuida por un mecanismo distinto al establecido en la Ley 10.559.

En el caso del impuesto inmobiliario, se excluye al inmobiliario rural, que también está alcanzado por el Programa de Descentralización Administrativa Tributaria, con su respectiva distribución específica. Tampoco se incluye en la masa coparticipable la parte del impuesto inmobiliario urbano baldío, que se afecta al fondo de hábitat, ya que se trata de una afectación específica previa al ingreso a la masa coparticipable.

El impuesto a los automotores incluye los años-modelos más nuevos –a la fecha del presente artículo, del 2014 al 2025–, ya que los diez años anteriores son administrados y recaudados por los municipios. Asimismo, la parte del impuesto a los automotores que regula las embarcaciones deportivas y de recreación también está incluida en el Programa de Descentralización Tributaria.

La inclusión de las tasas retributivas de servicios parece un contrasentido, ya que retribuyen un servicio que presta y percibe la provincia.

El impuesto a la transmisión gratuita de bienes está totalmente afectado y no integra la masa coparticipable, distribuyéndose un 20 % entre los municipios, pero por otros mecanismos.

Respecto a los recursos de coparticipación federal, también se incluyen los relativos al fondo educativo de la Ley 26.075 de Financiamiento Educativo –con una afectación específica para los municipios– y lo que percibe la provincia por la recaudación del régimen simplificado nacional (monotributo).

Distribución primaria

En relación con la distribución primaria de esta masa coparticipable, la ley determina

que un 16,14 % se destine a los municipios, quedando el 83,86 % restante para la provincia. De todas maneras, si comparamos el total de recursos provinciales con la masa coparticipable, apreciamos claramente que los primeros son mayores, como ocurre con la situación a nivel federal. Es decir que no todos los recursos provinciales son coparticipados o integran la masa coparticipable con los municipios, ya sea porque directamente los municipios no participan o porque participan mediante los restantes regímenes de distribución.

Del total de la masa coparticipable, el 70 % corresponde a recursos de jurisdicción provincial, mientras que el 30 % restante proviene de jurisdicción nacional. Dentro de los primeros, más del 70 % está explicado por la recaudación del impuesto sobre los ingresos brutos, dada la alta incidencia de este en los recursos provinciales.

Cuando analizamos la serie de recursos percibidos por los municipios en concepto de coparticipación municipal, apreciamos que los mismos fluctúan entre un 10 y un 11 % de los recursos totales provinciales, excluidos los provenientes del endeudamiento. Sin embargo, cuando analizamos el total de transferencias a los municipios por los distintos mecanismos existentes, vemos, en esa misma serie, que alcanzan un rango de entre el 13,5 y el 14,5 %. Y si se excluyen de los recursos totales provinciales las contribuciones de la seguridad social, las transferencias a los municipios se ubican entre el 16 y el 17 % en la serie analizada.

Distribución secundaria

Pasemos ahora al análisis de la distribución secundaria (art. 1º, Ley 10.559), es decir, el reparto entre los 135 municipios de la provincia, que se realiza de la siguiente manera:

- 58 % al régimen general.
- 37 % al régimen de salud.
- 5 % al régimen de acción social.

A su vez, el 58 % correspondiente al régimen general se asigna de acuerdo con los siguientes indicadores de cada municipio:

- 62 % en base a la población.
- 15 % en base a la superficie de cada municipio.
- 23 % en base a la inversa de la capacidad tributaria.

Como vemos, el mayor porcentaje del coeficiente único de distribución (CUD) está compuesto por tres parámetros, de los cuales dos son considerados "devolutivos" – como son población y superficie –, mientras que el tercero es el único componente "redistributivo": la inversa de la capacidad tributaria, un indicador que determina que reciban proporcionalmente más aquellos municipios a los que, por las características económicas del distrito, les sea más difícil obtener sus propios recursos a través de tasas, derechos u otros tributos.

En lo que se refiere a la población, usualmente se toma el valor que arrojan los censos, que, al realizarse cada diez años, producen variaciones significativas en los ejercicios siguientes. Esta situación hace que los municipios que crecen en población por fenómenos urbanos o sociales recién vean reflejada esta nueva realidad luego del censo.

Por otra parte, un grupo de municipios –La Costa, Pinamar, Villa Gesell y Monte Hermoso– suman a su población estable la doceava parte del flujo turístico recibido.

En lo que respecta al régimen de salud, se distribuye entre los municipios que prestan servicios en base a los siguientes indicadores:

- 35 % por camas disponibles, complejidad y ocupación.
- 25 % en base al número de consultas en los distintos establecimientos.
- 10 % en base a los egresos.
- 20 % en base a los pacientes/día.
- 10 % en base a la cantidad de establecimientos.

Este indicador es el de mayor movilidad año a año, ya que posee factores dinámicos que son reflejados en las estadísticas de salud, que anualmente los municipios remiten al Ministerio de Salud para su procesamiento y control.

Su origen se remonta a la transferencia de hospitales desde la órbita provincial hacia la municipal durante la dictadura cívico-militar del período 1976-1983, que se financiaban con partidas específicas y discrecionales. En general, todos los municipios poseen servicios de salud: salas sanitarias, centros barriales u hospitales de mediana o alta complejidad. Sin embargo, se presentan situaciones muy heterogéneas entre los distintos municipios, algunos de los cuales solo tienen salas de salud, siendo el hospital de mayor complejidad provincial, o poseen uno o más hospitales municipales de mediana y alta complejidad, en muchos casos, el único efector de salud que existe en el partido. También los municipios han avanzado en fortalecer este servicio, sosteniendo hospitales de especialidad, caracterizados por un alto nivel de complejidad.

El 5 % del régimen de acción social se distribuye entre los municipios que recibieron establecimientos provinciales, en un listado cerrado que incluye desde lugares de esparcimiento y dispositivos de niñez y adolescencia hasta servicios de agua y cloacas, entre otros.

Elaboración del coeficiente único de distribución

Una vez procesada toda la información detallada anteriormente, el Ministerio de Economía, en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley 10.559 y sus modificatorias, elabora anualmente el CUD nutriéndose de información proveniente de la Dirección de Estadística, del Ministerio de Salud, de la Agencia de Recaudación de la provincia de Buenos Aires (ARBA), del Ministerio de Producción y demás organismos que producen datos necesarios para su elaboración (art. 5º y ss.).

Una vez determinados los coeficientes de cada municipio, se controla que ninguno tenga una merma de más del 5 % respecto del coeficiente del período anterior, la que, en caso de producirse, deberá ser cubierta de manera proporcional por todos los municipios que presenten incrementos en su coeficiente. Esta modificación, incorporada en la Ley de Presupuesto para el ejercicio 2023, tiene como objeto amortiguar el impacto de la aplicación del último censo poblacional, realizado en 2022.

Finalmente, el CUD es comunicado a los municipios y también a la Contaduría General de la provincia, que lleva registro de las remesas, que se realizan en forma diaria y automática a través del Banco de la Provincia de Buenos Aires.

Otros mecanismos de distribución de recursos a los municipios

Como ya se ha señalado, la ley de coparticipación municipal no tuvo desde su sanción grandes modificaciones. Ante esta realidad, se fueron construyendo regímenes específicos de distribución de recursos, con delegación de funciones en algunos casos y, en otros, con participación en recursos que son provinciales.

Así, tenemos los siguientes regímenes, que intentan dotar de mayores recursos a los municipios:

– Leyes de distribución de juegos de azar (1987 y ss.): participación en el producido de casinos, bingos, máquinas tragamonedas, etcétera (por ejemplo, la Ley 10.756, de 1989, o la Ley 11.536, de 1992).

– Ley 13.010, de descentralización tributaria (2003): delega en los municipios la administración local de los impuestos inmobiliario rural, ingresos brutos sobre pequeños contribuyentes, automotores años-modelos de más de diez años, asignándoles algunas funciones, como el mantenimiento de caminos rurales, el sostenimiento parcial de los consejos escolares, etcétera.

– Ley 13.163, fondo de fortalecimiento de programas sociales y saneamiento ambiental (2004): creado para realizar una afectación específica de recursos a dichos destinos.

– Ley 13.850, fondo para el fortalecimiento de recursos municipales (2008): le asigna el 2 % del impuesto sobre los ingresos brutos no descentralizado al ámbito municipal, luego de una ampliación del mismo a otros sectores productivos.

– Ley 13.863, fondo municipal de inclusión social (2008): le asigna el 1,5 % del impuesto sobre los ingresos brutos no descentralizado al ámbito municipal.

– Ley 13.976, fondo provincial solidario (2009, hasta 2018): distribuía parte de la participación provincial en las retenciones a la soja.

– Ley 14.166, fondo de fortalecimiento de servicios municipales (solo 2010).

– Fondo de seguridad (diversos ejercicios).

– Fondo de infraestructura (diversos ejercicios).

– Fondos anuales incorporados en las leyes de presupuesto o leyes especiales que asignan recursos a los municipios con afectación específica o sin ella, dependiendo del año y la modalidad de su establecimiento.

En general, los mencionados fondos se distribuyen por CUD, pero en algunos casos se han construido otros coeficientes de reparto, como el índice de vulnerabilidad social, el de distribución del fondo educativo, o índices combinados compuestos en una parte por el CUD y en otra por los ingresos corrientes de los municipios. No obstante la existencia de estos fondos, la principal vía de transferencia de recursos a los municipios continúa siendo el régimen de coparticipación, que en el año 2024 representó el 78 % del total de recursos girados.

V - ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA UNA EVENTUAL REFORMA

Entendemos que, de la misma manera que ocurre con el régimen de coparticipación federal, la ley de coparticipación municipal no responde a la situación actual de los municipios. Los Gobiernos locales necesitan para su desarrollo normas adecuadas a su realidad, tanto de distribución de recursos provinciales y nacionales como de administración y gestión de recursos propios, sobre todo a partir de su autonomía constitucional.

Esto cobra relevancia dado que a las funciones tradicionales de prestación de servicios públicos locales –como limpieza, mantenimiento, ordenamiento y planeamiento urbano, obras públicas menores, poder de policía local referido a salubridad e higiene– se deben incorporar las funciones actuales, como la atención de la salud, la seguridad ciudadana, el cuidado del medioambiente, el desarrollo y la integración social, las actividades comunitarias, la educación y capacitación, la planificación de políticas de empleo y producción y la articulación de políticas regionales, por nombrar las más importantes.

El nuevo esquema deberá definir la distribución y determinación de competencias, servicios y funciones. Incorporar indicadores con componentes devolutivos y redistributivos, con diferentes ponderaciones por regiones o tipología de municipios, que sean de fácil acceso, transparentes y dinámicos.

La implementación debe ser gradual, para que las estructuras municipales se adecuen a los cambios, distribuyendo, por ejemplo, los incrementos de recaudación por el nuevo régimen hasta su implementación completa.

Definido el esquema federal y la participación de los municipios en el mismo, se deberá avanzar en la implementación del nuevo régimen de coparticipación municipal, teniendo en consideración la realidad heterogénea de los municipios y las nuevas competencias, servicios y funciones que los mismos desarrollan en la actualidad y su proyección futura.



**MESAS INTERINSTITUCIONALES EN LOS PLANES
DE SEGURIDAD LOCAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

María Clara Zunino

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 09/02/2025

Aprobado: 22/03/2025

MESAS INTERINSTITUCIONALES EN LOS PLANES DE SEGURIDAD LOCAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

THE INTER-INSTITUTIONAL FORUMS WITHIN THE FRAMEWORK OF LOCAL SECURITY PLANS IN THE MUNICIPALITIES OF THE PROVINCE OF BUENOS AIRES

Por María Clara Zunino¹

Secretaría de Gobierno, Municipalidad de Mercedes, Argentina

Resumen: La seguridad pública es una de las principales preocupaciones de la ciudadanía y uno de los pilares fundamentales para el desarrollo social, económico y político de cualquier comunidad. En la provincia de Buenos Aires, la complejidad y diversidad de los desafíos en materia de seguridad requieren de un abordaje integral y coordinado entre los distintos actores involucrados. En este contexto, la creación, conformación y regulación de mesas interinstitucionales en seguridad emergen como una herramienta esencial para la implementación efectiva de un plan integral de seguridad en los municipios. Estas mesas, integradas por el Municipio, las fuerzas de seguridad con asiento en el distrito, el Poder Judicial provincial y federal y los organismos y dispositivos vinculados, posibilitarían una gestión multiagencial, colaborativa y eficiente de las políticas de seguridad, con un enfoque de corresponsabilidad preventivo y proactivo.

Palabras clave: seguridad pública, políticas de abordaje, competencias en materia de seguridad, municipios

Abstract: Public safety is one of the main concerns of citizens and one of the fundamental pillars for the social, economic, and political development of any community. In the Province of Buenos Aires, the complexity and diversity of security challenges require a comprehensive and coordinated approach among the various involved actors. In this context, the creation, establishment, and

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires). Diplomada en Gestión y Control de Políticas Públicas (FLACSO). Secretaria de Gobierno de la Municipalidad de Mercedes, provincia de Buenos Aires, desde diciembre de 2019. Subsecretaria de Seguridad del mismo municipio entre 2015 y 2019. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-1854-0299>. Correo electrónico: clarizunino@gmail.com.

regulation of inter-institutional security boards emerge as an essential tool for the effective implementation of a Comprehensive Security Plan in municipalities. These boards, composed of the municipality, security forces based in the district, the provincial and federal judiciary, and related agencies and units, would enable a multi-agency, collaborative, and efficient management of security policies with a preventive and proactive shared responsibility approach.

Keywords: public security, approach policies, security competencies, municipalities

I - EL ROL DE LOS MUNICIPIOS

En las últimas décadas, los Gobiernos municipales han asumido progresivamente un rol protagónico en las políticas de seguridad ciudadana, adquiriendo nuevas competencias y constituyéndose como referencia frente a la opinión pública, con un acompañamiento parcial en el ámbito de las modificaciones normativas relativas a las facultades propias imprescindibles para el desarrollo de la tarea.

Nabaes y Pedersoli (2024) afirman que estas nuevas funciones vienen acompañadas de la necesidad de establecer lineamientos de gestión que permitan orientar las acciones de forma estratégica, en pos de maximizar los resultados esperados en la implementación de políticas locales.

Como mencionan Rodríguez Games, Fernández y Sain (2016), se puede afirmar que actualmente la ciudadanía desconoce –y, en última instancia, no le interesa– quién es el responsable legal de las competencias constitucionales de la seguridad. La percepción general recae en todos los niveles de gobierno, y principalmente en el municipal, por ser el más cercano. Esta circunstancia dificulta las respuestas, ya que los intentos de desligar al Gobierno local de estas temáticas no logran satisfacer las expectativas de la comunidad. Por ello los Municipios, velozmente y quizás en algunos casos de manera no planificada, comenzaron a pensar en el diseño de planes locales que contuvieran herramientas de distinto tipo para dar esas respuestas.

En este proceso de expansión de facultades, algunos autores han destacado la existencia de limitaciones, que Fernández (2016) divide en dos grupos.

Las limitaciones de tipo administrativo refieren a la falta de especialización de los funcionarios, la insuficiencia y el carácter muchas veces condicionado de los recursos, la escasa información estadística disponible, las dificultades para planificar y la falta de instancias claras de coordinación con la conducción de las fuerzas policiales.

Las limitaciones de tipo político, por otro lado, se relacionan con la falta de autonomía institucional y jurídica de los Municipios, la falta de cuerpos policiales propios, la confusión entre el rol de auditar o coordinar con la policía y las dificultades para posicionarse frente a la opinión pública.

Para Escudero, los Municipios bonaerenses:

respondieron a la inseguridad a partir de una suerte de apelación selectiva, heterogénea y por momentos improvisada de acciones de política pública tomadas de una "caja de herramientas" común que se fue constituyendo a lo largo de los años, nutriéndose de diversas fuentes (teorías criminológicas, experiencias de ciudades extranjeras, propuestas de organismos internacionales de crédito, programas de expertos de *think tanks*² nacionales e internacionales, etc.). (2023, pp. 30-31)

II - LA NECESIDAD DE UN ENFOQUE INTERINSTITUCIONAL EN SEGURIDAD

La seguridad pública no puede ser abordada de manera aislada, por un solo actor o institución. La naturaleza multifacética de los problemas de seguridad, que incluye desde la prevención y persecución del delito hasta la atención de las víctimas y la reinserción social de los infractores, requiere de la participación coordinada de diversos sectores. Las mesas interinstitucionales en seguridad permiten la articulación de esfuerzos y recursos entre el Municipio, las fuerzas de seguridad, el Poder Judicial y otros organismos, facilitando una respuesta integral y coherente a los desafíos.

Debemos tener en cuenta que el Municipio no tiene a su cargo ninguna de las principales agencias responsables de la política criminal: ni la policía, ni la justicia penal ni el servicio penitenciario. Por esta razón, los espacios de coordinación resultan esenciales para que el Gobierno local pueda reponer una mirada situada de los problemas delictivos presentes en el territorio y promover abordajes integrales.

En Argentina, la experiencia ha demostrado que la falta de coordinación entre los distintos actores involucrados en la seguridad pública puede llevar a la duplicación de esfuerzos, la falta de eficiencia en la asignación de recursos y, en última instancia, a una respuesta ineficaz frente a los problemas. Las deficiencias en la gestión de la seguridad ingresaron en la agenda pública a fines de los años noventa, luego de que se verificara un crecimiento del "delito de la calle" en el marco de una expansión de la exclusión y la precariedad sociales, lo que tuvo como consecuencia una electoralización de las políticas frente al delito (Sozzo, 2007).

En el marco de los planes locales de seguridad, dentro del eje de articulación institucional, consideramos que la conformación de las mesas interinstitucionales se convierte en una acción prioritaria dentro de la política pública.

Como bien indican Navarro Urquiza y Simonetta (2020), citando a Rofman, cuando se

²El término hace referencia a organizaciones productoras de ideas (Xifra, 2016). "Los Think Tanks (TTKs) son actores de la sociedad civil, sin fines de lucro, formalmente institucionalizados, que producen y transmiten información y conocimiento, con la finalidad de influir en el proceso de las políticas públicas" (Uña, Lupica y Strazza, 2010, p. 5).

refieren al caso de la provincia de Santa Fe:

la diversificación de la problemática social y la ampliación de la cantidad de actores involucrados en la gestión de política estatal, da muestras de la heterogeneidad social y territorial que lleva a jerarquizar al espacio local como una referencia espacial para la gestión de este tipo de políticas. Por ello, la gestión de las demandas securitarias en el ámbito de lo local hace necesariamente que la Mesa, como dispositivo, cuente con insumos provenientes de sectores de la sociedad civil. (p. 477)

III - MESAS INTERINSTITUCIONALES

Creación y conformación

La creación de estas mesas debe ser el resultado de un proceso deliberativo y consensuado entre los actores involucrados.³ Es fundamental que cada Municipio establezca un marco normativo que regule su conformación y funcionamiento, invitando a los demás actores a formar parte de estas, en pos de garantizar la participación efectiva de todos los sectores relevantes. La conformación de las mesas debe incluir:

– El Municipio, como ente coordinador y facilitador de las políticas de seguridad a nivel local. Tiene un conocimiento profundo de las problemáticas específicas de su territorio y puede actuar como nexo entre los distintos actores.

– Las fuerzas de seguridad, incluyendo la Policía de la provincia de Buenos Aires, la Policía Federal y otras fuerzas con asiento en el distrito, responsables de la ejecución operativa de las medidas de seguridad. Su participación es crucial para garantizar una respuesta rápida y efectiva.

– El Poder Judicial, tanto a nivel provincial como federal, para garantizar la aplicación efectiva de la justicia y la coordinación en la investigación y persecución de delitos. La presencia del Poder Judicial en las mesas interinstitucionales permite agilizar los procesos judiciales y garantizar una respuesta efectiva y contundente.

– Organismos y dispositivos vinculados, como los dispositivos y las áreas sociales, las organizaciones de la sociedad civil y los programas de prevención y reinserción. Pueden aportar una perspectiva integral y multidisciplinaria a las políticas de seguridad.

Institucionalización de las mesas

La institucionalización de estas mesas es un paso crucial para garantizar su sosteni-

³ Antecedente en la provincia de Buenos Aires de creación de mesas locales intersectoriales en materia de violencia de género. Decreto reglamentario 2875/05, artículo 20.c.

bilidad y efectividad a largo plazo. Esto implica la creación de estructuras formales, la asignación de recursos específicos y el establecimiento de mecanismos de evaluación y rendición de cuentas.

La creación por ordenanza municipal de estas mesas implica la manifestación expresa de la decisión política del intendente, previamente diseñada y consensuada con los actores mencionados, y la ratificación por parte de los concejales en representación de toda la comunidad, de esa voluntad que se transforma en un cuerpo normativo sólido y de largo plazo.

La coordinación estratégica como eje central

El principal objetivo de las mesas interinstitucionales es el establecimiento de espacios para coordinar, dentro de una estrategia común, los esfuerzos de las distintas agencias encargadas de las políticas de seguridad, entendidas con un concepto amplio. A través del diálogo y la articulación se hace posible identificar los problemas centrales de la inseguridad y desarrollar respuestas integrales y coordinadas: emprender acciones estratégicas sobre mercados ilegales y organizaciones criminales, trabajar en prevención social y comunitaria temas como la exclusión y la falta de oportunidades, fortalecer la prevención situacional a partir de la información compartida y la aplicación de tecnologías de vigilancia, etcétera. Las mesas pueden impulsar programas de prevención comunitaria, campañas de concientización y estrategias de intervención temprana que contribuyan a reducir los factores de riesgo y fortalecer el tejido social.

Las mesas interinstitucionales pueden jugar un papel clave, al facilitar la coordinación entre los distintos actores, promover un enfoque integral de la seguridad y fortalecer la corresponsabilidad de toda la comunidad. Sin embargo, a pesar de los evidentes beneficios, su implementación no está exenta de desafíos. La falta de recursos, la resistencia al cambio y las tensiones entre los distintos actores pueden dificultar su funcionamiento. Pero estos desafíos pueden ser superados a través de un liderazgo comprometido, una comunicación efectiva y un enfoque basado en resultados. Las mesas interinstitucionales también representan una oportunidad para fortalecer la gobernanza local, fomentar la participación ciudadana y construir una cultura de seguridad basada en la colaboración y el respeto mutuo.

Es importante reconocer que la provincia de Buenos Aires está integrada por 135 municipios, distintos no solo en cantidad poblacional sino también en cuanto a identidad, por lo que se vuelve indispensable adaptar las estrategias de seguridad a las necesidades específicas de cada comunidad.

IV - PLANIFICACIÓN Y CONFORMACIÓN DE LAS MESAS INTERINSTITUCIONALES EN LOS TERRITORIOS

Para garantizar la efectividad de las mesas interinstitucionales en seguridad es fundamental seguir un proceso estructurado y participativo en su planificación y conformación. A continuación, se detallan una serie de pasos como propuesta para su implementación.

Diagnóstico participativo y mapeo de actores

El primer paso consiste en realizar un diagnóstico participativo de la situación de seguridad en el municipio. Este diagnóstico debe involucrar a todos los actores relevantes, incluyendo a las fuerzas de seguridad, el Poder Judicial, las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos. El objetivo es identificar las principales problemáticas, los recursos disponibles y las áreas de oportunidad, a partir de la información que los distintos actores producen, consolidando un diagnóstico común.

Además, es necesario realizar un mapeo para identificar las instituciones y organizaciones que pueden contribuir a la mesa interinstitucional. Este debe incluir no solo a los participantes tradicionales, como las fuerzas de seguridad y el Poder Judicial, sino también a organizaciones comunitarias, instituciones educativas y otros actores clave.

Elaboración de una ordenanza de creación

Una vez realizado el diagnóstico y el mapeo de actores, el siguiente paso es la elaboración de una ordenanza municipal que establezca la creación de la mesa interinstitucional en seguridad. Esta debe incluir:

- Los objetivos y funciones de la mesa.
- La composición de la mesa, incluyendo a todos los actores relevantes.
- Los mecanismos de participación comunitaria.
- Los recursos asignados para su funcionamiento.
- Los mecanismos de evaluación y rendición de cuentas.

La ordenanza debe ser aprobada por el Concejo Deliberante y difundida ampliamente entre la ciudadanía para garantizar su legitimidad y transparencia. Si bien el Municipio no puede forzar la participación de actores que se encuentran fuera de su órbita, sí puede invitarlos a formar parte del espacio y promover acuerdos sobre la importancia del diálogo y la articulación.

Convocatoria y conformación de la mesa

Una vez aprobada la ordenanza, o en simultáneo con su tratamiento, se debe realizar

una convocatoria formal a todos los actores identificados en el mapeo, que debe incluir una presentación de los objetivos y funciones de la mesa, así como un plan de trabajo inicial.

La conformación de la mesa debe ser inclusiva y representativa, garantizando la participación de todos los sectores relevantes. Es importante establecer un reglamento interno que regule su funcionamiento, incluyendo los mecanismos de toma de decisiones, la periodicidad de las reuniones y los roles y responsabilidades de cada miembro.

Participación comunitaria

La participación comunitaria promueve el involucramiento activo de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones que afectan sus vidas, lo cual, en el contexto de la seguridad, les permite no solo expresar sus preocupaciones, sino también colaborar en la construcción de un entorno más seguro. La participación comunitaria es un elemento clave para el éxito de las mesas interinstitucionales. Es fundamental involucrar a los ciudadanos en el diseño y la implementación de las políticas de seguridad, ya que son ellos quienes conocen de primera mano las problemáticas de su comunidad.

Para fomentar la participación comunitaria, se pueden implementar mecanismos como:

- Foros y talleres participativos.
- Encuestas y consultas ciudadanas.
- Plataformas digitales para la recepción de denuncias y sugerencias.

Esta participación no solo contribuye a la identificación de problemáticas específicas, sino que también fortalece el sentido de pertenencia y corresponsabilidad en la construcción de comunidades más seguras.

Establecimiento de un método de trabajo

Para garantizar la efectividad de la mesa interinstitucional, es necesario establecer un método de trabajo claro y estructurado, que debe incluir:

- Planificación estratégica situacional: definición de objetivos, metas y estrategias a corto, mediano y largo plazo, evaluando el contexto en que se encuentra en cada caso.
- Coordinación operativa: establecimiento de mecanismos de coordinación entre los distintos actores, incluyendo la creación de comisiones temáticas para abordar problemáticas específicas.
- Monitoreo y evaluación: implementación de indicadores de desempeño y mecanismos de evaluación periódica para medir el impacto de las políticas implementadas.
- Comunicación y transparencia: establecimiento de canales de comunicación efectivos entre los miembros de la mesa y la ciudadanía, así como la difusión de informes periódicos sobre los avances y resultados obtenidos.

V - CONCLUSIÓN

Como hemos visto, la creación e institucionalización de mesas interinstitucionales en seguridad es una herramienta indispensable de los Gobiernos locales para la producción de políticas integrales que aborden las distintas dimensiones del problema y coordinen las acciones de actores diversos dentro de una estrategia general conjunta. Un correcto diagnóstico de los principales fenómenos criminales, la promoción de investigaciones complejas y acciones de persecución estratégica, así como el desarrollo de programas de prevención tanto situacional como comunitaria, no resultan posibles a menos que los distintos encargados de la política criminal articulen sus esfuerzos y construyan perspectivas compartidas sobre los problemas y las soluciones.

Si bien la conformación de estos espacios y su sostenimiento en el tiempo implican un desafío para agencias con tradiciones de trabajo ligadas a una atomización y autonomización, el encuentro y acercamiento de posiciones presenta una gran potencialidad para el fortalecimiento de las capacidades institucionales de gestión de cara a una ciudadanía que reclama cada vez con más ímpetu respuestas innovadoras y efectivas.

A través de la colaboración y la coordinación, es posible construir comunidades más seguras y organizadas, donde todos los ciudadanos puedan ejercer plenamente sus derechos y libertades.

REFERENCIAS

- ESCUADERO, A. (2023). Seguridad pública y gobiernos locales en la Argentina. Un análisis de las tensiones entre el marco jurídico y la dinámica política. *Aequitas Virtual*, 17 (39). <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/7049>.
- FERNÁNDEZ, S. (2016). Seguridad y Municipio: la dinámica de los problemas, las políticas y las capacidades locales, en Seguridad y gobiernos locales en Argentina. En N. Rodríguez Games, S. Fernández y M. Saín. *Seguridad y gobiernos locales en Argentina*. Universidad Metropolitana de Educación para la Educación y el Trabajo. <https://umet.edu.ar/wp-content/uploads/2020/09/3.Serie-Documentos-de-Trabajo-Nro-3.pdf>.
- NABAES, S. y PEDERSOLI, F. (2024). Los municipios y la seguridad. A treinta años de la consagración de la autonomía. *Revista Jurídica*, 2(3). <https://revistajuridica.uno.edu.ar/wp-content/uploads/2024/12/Nabaes-Persoli.pdf>.
- NAVARRO URQUIZA, P. E. y SIMONETTA J. C., (2020). Gobiernos locales y seguridad: el caso de la Mesa de Coordinación Institucional en Seguridad Local en Santa Fe. *Perspectivas. Revista de Ciencias Sociales*, 5 (10). <https://perspectivasrcs.unr.edu.ar/index.php/PRCS/article/view/373/234>.
- RODRÍGUEZ GAMES, N., FERNÁNDEZ, S. y SAIN, M. (2016). *Seguridad y gobiernos loca-*

les en Argentina. Universidad Metropolitana de Educación para la Educación y el Trabajo. <https://umet.edu.ar/wp-content/uploads/2020/09/3.Serie-Documentos-de-Trabajo-Nro-3.pdf>.

SOZZO, M. (2007). ¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y "prisión- depósito" en Argentina. *URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 1(1).

XIFRA, J. (2016). *Los think tanks*. Editorial UOC.

UÑA, G., LUPICA, C. y STRAZZA, L. (2010). *Think tanks, decisores gubernamentales y actores políticos: factores críticos para fortalecer el vínculo entre el conocimiento y las políticas públicas en Argentina*. https://www.economicas.unsa.edu.ar/ielde/archivos/actRelacionadas/items_upload_think_tanks_pparg.pdf.



**EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD Y EL TIEMPO
DE LOS JUECES PARA VALORAR, RAZONAR Y ARGUMENTAR**

Luis Ernesto Kamada

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 10/02/2025

Aprobado: 25/03/2025

EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD Y EL TIEMPO DE LOS JUECES PARA VALORAR, RAZONAR Y ARGUMENTAR

THE PRINCIPLE OF IMPARTIALITY AND THE TIME JUDGES HAVE TO EVALUATE, REASON, AND ARGUE

Por Luis Ernesto Kamada¹

Poder Judicial de la provincia de Jujuy, Argentina

Resumen: El objeto del trabajo se dirige a identificar la imparcialidad como una garantía constitucional compleja, conformada, además de sus contenidos tradicionales, por la dimensión temporal con la que deben contar los jueces para que puedan recibir la prueba con la atención debida, seleccionar la conducente para resolver, valorarla, razonar y argumentar ordenadamente el pronunciamiento final con el que se zanja el conflicto nacido del delito, siendo tarea de las Oficinas de Gestión Judicial el asegurar esta labor.

Palabras clave: celeridad procesal, sistemas de gestión judicial, derecho procesal federal

Abstract: The object of the work is aimed at identifying impartiality as a complex constitutional guarantee, composed, in addition to its traditional contents, of the temporal dimension that judges must have in order to receive evidence with due attention, select what is relevant to resolve, evaluate it, reason and argue the final ruling in an orderly manner to settle the conflict arising from the offense, with the task of the judicial management offices to ensure this work.

Keywords: procedural speed, judicial management systems, federal procedural law

¹ Abogado (Universidad Nacional de Tucumán). Juez integrante del Colegio de jueces penales de la provincia de Jujuy. Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad del Salvador). Magíster en Derecho Privado Económico (USAL). Especialista en Derecho Penal (Universidad del Litoral); en Enseñanza de la Educación Superior (Universidad Católica de Cuyo); en Derecho Procesal Civil (UNL); en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bologna). Docente de grado y posgrado de distintas universidades argentinas. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-1414-3010>. Correo electrónico: luisernestokamada65@gmail.com.

I - EL MOTIVO DE LA PREOCUPACIÓN

La garantía de imparcialidad de los jueces² presenta un carácter bifronte, porque, si bien es titularizada por quien resulta penalmente perseguido, es exigible a los juzgadores, comprendiendo, entre los distintos factores que abarca, que se les proporcione a estos los recursos necesarios para hacer su tarea correctamente.

Por ello, la tesis de este estudio, para la que tomaré como base la normativa federal, en tanto condensa la orientación general adoptada por las distintas unidades subnacionales que integran nuestro país, consistirá en lo siguiente: *que la finalidad de la implementación de las Oficinas de Gestión Judicial es fortalecer la imparcialidad de los jueces, y que, para ello, deben ser instrumentos de facilitación racional de la labor de juzgar.*

II - LA IMPARCIALIDAD

Ya Locke (2000) advertía sobre la necesidad de que exista "un juez reconocido e imparcial con autoridad para resolver todas las diferencias, de acuerdo con la ley establecida" (p. 27). La garantía constitucional de imparcialidad fue consagrada incluso en los códigos rituales de tinte inquisitivo y mixto, aunque, en la práctica, su concreción se diluyera por el contacto directo que los jueces tenían con la evidencia recogida a lo largo de la instrucción, la que, en el juicio, mutaba en prueba (Chaia, 2015). Así, quienes dirigían la investigación eran quienes debían decidir sobre su relevancia en los llamados "autos de procesamiento", con los que se clausuraba esa instancia. La cuestión fue zanjada por la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el célebre precedente "Llerena"³, cuando se interpretó que la vulneración de la imparcialidad podía ser tanto objetiva como subjetiva, debiéndose apartar a los jueces que hubieran actuado en la etapa instructoria de toda posibilidad de tomar decisiones sobre el fondo del litigio.

En consecuencia, para quitar de manos de la judicatura toda actividad susceptible de contaminarla con información prematura sobre el contenido del caso que tendrá a su cargo resolver, preservando así su neutralidad, se creó un organismo, dentro de la estructura de los Poderes Judiciales, al que se ha denominado Oficina de Gestión Judicial.

La imparcialidad es la situación de objetividad en que el juez debe encontrarse en relación con el caso que le toca juzgar, y es una garantía reconocida en beneficio del acusado (Guzmán, 2006). El principio resulta congruente con el contradictorio, a poco que se aprecie que este no tendría justificativo alguno si no se asegura la separación de funciones del juez respecto de aquellas que les corresponden a las partes y, en especial, al

² Su priorización es consecuencia del advenimiento, a nivel federal y provincial, de un modelo procesal penal adversarial y acusatorio, ajustado a exigencias constitucionales.

³ CSJN, "Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 de Código Penal -causa N° 3221-", 17 de mayo de 2005.

órgano acusador. Como lo apunta Cafferata Nores (2007), esto "es imprescindible para salvaguardar la imparcialidad del juez, que es prenda de la igualdad entre acusador y acusado, y está en la base del derecho de defensa (nadie puede defenderse sin que exista una acusación)" (p. 107).

Dice Maier (2002) que la imparcialidad inserta en la definición de la tarea del juez equivale a exigir de él la nota de neutralidad, por lo que "neutralidad, a su vez, significa, básicamente, apartamiento de los intereses defendidos por quienes protagonizan el conflicto a decidir (*in-partial*) y ausencia de prejuicio o interés particular alguno frente al caso a decidir (objetividad)" (p. 173).⁴

Siendo una garantía para las partes del litigio al interior del proceso (Bacigalupo, 2005), la independencia, a la que aquella va asociada, lo es respecto de los poderes formales o fácticos que, desde fuera de la causa, pretendan influir indebidamente en su suerte, inmunizando a la judicatura frente a sus presiones (Kamada, 2010).

La importancia de la imparcialidad en el proceso penal se advierte al constatar que existen distintas concepciones sobre lo que debe justificar el merecimiento de reproche y pena por el injusto perpetrado (Robinson, 2012), pero solo un juez imparcial puede imponer una decisión que limite las pretensiones desmesuradas o impertinentes de los acusadores, conduciéndolas a un punto de equilibrio que satisfaga los distintos fines de la sanción. Para tornar operativa la imparcialidad, se hace necesario crear las condiciones necesarias.

III - LOS JUECES SOLO DEBEN JUZGAR

Ha quedado superada la pretensión de que los jueces, a la par de su función jurisdiccional, desempeñen tareas de gerenciamiento de las causas sometidas a su conocimiento. A pesar de que se considerara un preconcepto el valorar estas tareas como "cuestiones secundarias, instrumentales, procedimentales, de organización o meramente administrativas", en orden a realzar la importancia que tenían al asignarlas a los magistrados, lo cierto es que no dejó de advertirse la necesidad de "la creación de un

⁴ Por su parte, indicaba Cardozo (1955) que "no debe haber nada en su acción [del juez] que sepa a prejuicio o favor, ni aún a capricho arbitrario o antojo" (p. 89), en tanto que, para Bacigalupo (2005), "la imparcialidad del tribunal (exclusión del *iudex suspectus*) constituye una garantía esencial del debido proceso, materializada sustancialmente en una distancia legalmente determinada entre los jueces y las partes" (p. 93). Por lo tanto, debe entenderse por "imparcialidad (*terzietà*) a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa", resultando superfluo "añadir que la imparcialidad, más allá de las garantías institucionales, es un hábito intelectual y moral, que no difiere del que debe presidir cualquier forma de investigación y conocimiento" (Ferrajoli, 2005, p. 580). Pero ello no resulta óbice para admitir que, en rigor, "el observador no puede acercarse limpiamente al objeto que examina, dado que, al acortar distancia y centrar sobre él su reflexión, termina implicándose personalmente y pierde su neutralidad, que debería ser la primera exigencia del conocimiento científico" (Nieto y Gordillo, 2003, p. 37).

espacio institucional dentro del Poder Judicial, especializado y profesionalizado, que vele por la permanente mejora del sistema" (Stanga, 2006, p. 638).⁵

La tarea del juzgador, hoy concentrada en la conducción de las audiencias y en la emisión de las decisiones que diriman los planteos que pueden postular las partes, es puramente jurisdiccional.⁶ Y, a efectos de que ello pueda ser adecuadamente cumplido, como consecuencia directa de la imparcialidad que la actividad de la oficina de gestión judicial viene a sustentar/facilitar, debe proporcionársele al juzgador, también, el espacio indispensable y los marcos temporales para reflexionar, apreciar y ponderar con tranquilidad los elementos recibidos en el acto procesal de que se trate.

IV - LA OFICINA DE GESTIÓN COMO NUEVO ACTOR DEL PROCESO PENAL

En este contexto, las tareas inherentes a la organización y coordinación de todos los recursos de infraestructura, materiales y humanos destinados a conseguir que los actos judiciales se realicen han quedado en manos de un organismo especializado a ese fin, identificado en algunos ordenamientos como Oficina de Gestión Judicial y, en otros, como Oficina de Gestión de Audiencias. Para dotar de mayor precisión el concepto, puede decirse que se identifican como temas de gestión, a nivel del despacho judicial,

todos los relacionados con la configuración de las estructuras institucionales, los procesos de trabajo, la división de roles y la asignación de competencias operativas, necesarios para que el producto que deben entregar los tribunales, básicamente decisiones jurisdiccionales, se puedan generar de la forma más eficaz y eficiente posible, lo que importa decidir los casos con la mayor calidad y celeridad, aprovechando para ello de la mejor forma los recursos disponibles. (González Postigo, 2014, p. 46)

Puede ejemplificarse la situación diciendo que las Oficinas de Gestión Judicial actúan como supersecretarías unificadas que asumen las funciones otrora cumplidas por lo que solían ser las secretarías de juzgados y tribunales penales. Estas tareas se confían ahora a la Oficina de Gestión, centralizando en ella las actividades de programación de audiencias, libramiento de notificaciones y de diligencias emanadas de las órdenes emitidas por los jueces, así como la tramitación del pasaje de las pretensiones de las partes de una instancia a otra a lo largo del desarrollo del proceso.⁷ En la mayoría de los ordena-

⁵ A ello debe añadirse que los abogados, en general, no suelen contar con la preparación necesaria en materia de gestión, para lo que se torna ineludible incorporar profesionales especialmente formados en el área (Schijvarger, 2014).

⁶ Conforme artículos 8 y 9 del Código Procesal Penal Federal.

⁷ No debe caerse en el error de desconocer que "el principal problema fue pretender levantar un sistema de gestión a

mientos adjetivos y en sus normas de implementación se han consagrado los principios a cuya luz debe actuar la Oficina de Gestión, empleando como ejemplo lo normado por el artículo 40 de la Ley 27.146, de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal, que dispuso:

Las Oficinas Judiciales se regirán bajo estrictos principios de celeridad, desformalización, eficiencia, eficacia, responsabilidad en la gestión de los recursos públicos, cooperación y coordinación entre las distintas áreas de trabajo y las partes que intervienen en el proceso.

V - UN DESAGUISADO SISTÉMICO

Constituye un problema sistémico el que la norma adjetiva haya determinado, por un lado, que los recursos instrumentales fueran puestos en manos de las oficinas de gestión judicial, con el propósito de descargar de los hombros de los jueces las responsabilidades propias de la tramitación del proceso, para, por otro lado, hacer pesar sobre el juzgador el deber de garantizar la celeridad en las causas, tal como se desprende textualmente de los artículos 3º y 5º de la Ley 27.146.

Ninguna duda puede albergarse acerca de que los magistrados deben evitar, y de ser necesario sancionar, cualquier tipo de actividad de las partes contraria a la buena fe o dilatoria (Kamada, 2003), según lo prevé el art. 6º de la ley 27.146, sea que esta se produzca durante el trámite ordinario o recursivo.⁸

VI - NATURALEZA Y OBJETO DE LAS OFICINAS DE GESTIÓN

La naturaleza de labor de las Oficinas de Gestión es eminentemente instrumental, de lo que se deriva que su actuación no reviste carácter jurisdiccional, ya que se encuentra exclusivamente reservada a los magistrados.

Afirmar que su tarea es instrumental implica tanto como precisar que se circunscribe a organizar los recursos disponibles, programar actos procesales, administrar medios de notificación y realizar su seguimiento, gestionar los traslados de personas privadas de su libertad para presenciar las audiencias que se fijen y demás diligencias necesarias para

partir de estructuras viejas, menospreciando la fuerza de su tradición y la vocación al servicio del expediente y no a la solución de conflictos" (Cadena Montoya, 2014, p. 26). Es por ello que debe valorarse que la experiencia recogida de las antiguas secretarías de tribunales y juzgados penales debe ser positivamente capitalizada para diseñar el modo de trabajo de las Oficinas de Gestión. Este aporte debe hacerse, sobre todo, para la programación de audiencias y el cálculo del tiempo necesario para la recepción de la prueba, así como el que demandará, eventualmente, la etapa de alegatos de las partes y el análisis que del material recibido harán los jueces en la deliberación.

⁸ No es menos cierto que esto no puede alcanzar a los jueces cuando de lo que se trata es de la tramitación de un proceso en la que no tienen injerencia alguna, pues ello ha quedado en manos de la Oficina de Gestión Judicial.

asegurar que los actos no se frustren, disponer de los medios tecnológicos indispensables para permitir la registración de las audiencias, proveer su resguardo y custodiar la evidencia que, habiendo sido ofrecida y admitida en la audiencia de control de acusación pertinente, deba ser exhibida en el juicio.

Su objetivo consiste en facilitar la tramitación de las causas, generando las acciones pertinentes para conducir las a buen puerto, que no es otro que la terminación del proceso, por el medio principal o alternativo que correspondiere.

VII - UN DIÁLOGO NECESARIO

A efectos de prevenir y subsanar las eventuales falencias del sistema, conviene implementar mecanismos de vinculación institucional entre los Colegios de Jueces y las Oficinas de Gestión Judicial. Esto, que parece tan sencillo de practicar, enfrenta sin embargo algunas dificultades insoslayables.

La sempiterna puja de poder subyacente

Como ocurre en cada caso en que se modifican paradigmas procesales, particularmente en el ámbito del fuero penal, se traban sordas luchas de poder que obedecen, antes que a genuinas pretensiones de hacer prevalecer la intangibilidad de ciertas esferas de privilegios, a una acendrada cultura conservadora, muy propia del Poder Judicial.

Con toda crudeza, Vargas (2014) describe la situación del siguiente modo:

cuando los administradores [de los tribunales] empiezan a gestionar el tiempo de los jueces, empiezan realmente a dirigir la agenda judicial, sacarle el máximo provecho, evitar lagunas, evitar dilaciones, en fin, empiezan a ser ellos los responsables y a tomar decisiones al respecto. Entonces los jueces se ven muy amenazados porque empiezan a sentirse constreñidos, presionados. (p. 84)

Sin duda, gran parte de las respuestas debe provenir de un necesario consenso. La circunstancia de que toda la materia instrumental pertenezca al ámbito de competencia de la oficina de gestión judicial, quedando reservada a los jueces la labor estrictamente

⁹ Esta experiencia ya fue vivenciada con motivo del cambio en el modo de recepción de las declaraciones de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, mediante el método de Cámara Gesell, primero, y del de videograbación, después, cuando los operadores judiciales advirtieron que ya no llevarían adelante de manera directa dichos actos, dada la especial vulnerabilidad de las víctimas, dejando esta tarea en manos de especialistas en salud mental con orientación forense y en un espacio no identificado con las salas de audiencias. Pero ello fue superado cuando se constató no solo que esta modalidad de toma de declaración era la que satisfacía las exigencias convencionales vigentes, sino, sobre todo, sus apreciables ventajas para la víctima, para el imputado y para el sistema procesal en general. Al mismo resultado habrá de llegarse en este caso.

jurisdiccional, en nada debe obstar a que la conformación del calendario de actos procesales se confeccione como resultado de acuerdos celebrados entre quienes deben resolver las causas y quienes deben gestionarlas.

El argumento para desarticular cualquier proposición en contra de esta idea proviene de distintas vertientes, pero todas concurren a proporcionar certeza para adoptar una visión consensualista sobre el tema.

La primera de ellas radica en comprender que, si la lógica del sistema procesal penal se inspira, esencialmente, en la necesidad de proveer un régimen que garantice celeridad al igual que justicia en las decisiones, y siendo que esta última depende del correcto ejercicio de la judicatura, en lo referente a la ponderación de pruebas y argumentos, es razonable interpretar que los jueces deben contar con las condiciones óptimas para hacerlo, en entornos adecuados y contando con los recursos para ello, que solo pueden proveer las oficinas de gestión.

En segundo lugar, si se ha de admitir la distinta naturaleza y objetivos que tienen las Oficinas de Gestión Judicial y la judicatura, se torna igualmente forzoso concluir que la labor de las primeras debe estar puesta al servicio del cumplimiento del deber que incumbe y compete solo a los integrantes de la segunda.

En tercer término, debe desecharse la idea de que las Oficinas de Gestión se vuelvan un mero instrumento de gerenciamiento de la actividad judicial, de la misma forma que debe ponerse en crisis la imagen todopoderosa de los jueces. Ni una cosa ni la otra, porque se debe considerar al proceso penal como un mecanismo único de respuesta civilizada para la gestión de conflictos originados en el delito y ya no como un trámite. Los tiempos que corren autorizan a enfatizar que la actividad que presta el Poder Judicial es un servicio cuyos requirentes y destinatarios son los miembros de la sociedad, para cuyo cumplimiento los jueces y las Oficinas de Gestión Judicial forman un todo. Ello exige entender que tanto la judicatura como la gestión deben actuar en unidad de acción, y que esta última debe ejecutar eficazmente una tarea instrumental para que los jueces puedan resolver, a la vez que la magistratura debe ser puesta en condiciones de decidir, poniendo a su disposición, entre otros recursos, un insumo indispensable como es el tiempo de reflexión.

El deber-derecho de los jueces a razonar serenamente

Los jueces, además de prestadores jerarquizados de un servicio específico, como es el de administrar justicia, son trabajadores, y como tales también les asisten determinados derechos que han sido reconocidos en general a todo trabajador. Entre estos se cuenta, sin lugar a duda, el derecho a contar con el tiempo y los recursos suficientes para elaborar el producto final de su tarea, que es la sentencia. El punto de equilibrio determi-

nante para establecer cuál debe ser el volumen de prueba que puede recibirse en cada sesión de una audiencia se conecta con un criterio cualicuantitativo ineludible, que no está en manos de los jueces identificar, debiendo situarse entre una masa probatoria que no sea tan insignificante que dilate injustificadamente el desarrollo del acto procesal y la decisión que deba emitirse, y una que, por su magnitud, aporte tal cantidad de información que se torne inabordable intelectualmente.

Desde luego que este aspecto de la tarea judicial encuentra su raíz en que:

el ejercicio de la jurisdicción constituye una actividad de naturaleza esencialmente cognoscitiva, no política, no representativa, tampoco de participación, sujeta exclusivamente a la ley, garante de los derechos fundamentales y en esa medida de ámbitos con una inevitable dimensión de contrapoder. (Ibáñez, 2012, p. 49)

Es esta la razón por la cual Ferrajoli (2005) llega a admitir que lo que legitima la decisión final del proceso penal es el carácter cognoscitivo de la jurisdicción.

Por lo tanto, si el trabajo del juez consiste estrictamente en conocer, valorar, razonar y argumentar en un contexto garantizador de la imparcialidad, resulta necesario admitir que el objetivo instrumental a cumplir por la Oficina de Gestión se debe orientar a permitirle hacerlo con la mayor comodidad posible. Lo cierto es que la capacidad de atención humana es limitada.¹⁰

En rigor, ninguno de los participantes del acto judicial se encuentra dotado de capacidades de atención superlativas que le permitan recibir –y comprender– un caudal de prueba que las sobrepase. No es baladí recordar que las sentencias deben ser motivadas, como garantía propia de un sistema constitucional que se precie de tal, dado que esta es una exigencia constitucional insoslayable, puesta en protección del derecho que asiste al justiciable de conocer –y comprender– las razones que inspiran la decisión que zanja la controversia. Asimismo, esta motivación también debe ser entendida como un instrumento que exponga la vinculación del juez a la ley (Aliste Santos, 2011).

A su vez, para que esta motivación sea comprendida por su destinatario, que no es otro que el justiciable, debe ser argumentada, debiendo precisarse que “argumentar es una actividad racional” (Atienza, 2013, p. 110). Además, el objetivo de toda argumentación, según Perelman y Olbrechts-Tyteca (1989), “es provocar o acrecentar la adhesión a las tesis presentadas para su asentimiento. Por otra parte, el desarrollo de la argumentación, así como su punto de partida, implica la aprobación del auditorio (p. 119).

Se debe argumentar sin extraviar la mirada acerca de “la inextricable unión del dis-

¹⁰ Es por esta razón que se han impuesto límites que, desde lo pedagógico, establecen plazos máximos para el tiempo durante el cual se pueden impartir clases, ya que los alumnos no tienen la misma capacidad de atención a lo largo de todo su desarrollo, obligando a proporcionar los contenidos académicos en marcos temporales acotados.

curso jurídico con el discurso práctico general" (Alexy, 2014, p. 272), debiendo distinguirse cuatro aspectos esenciales en ese vínculo, a saber, la necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general, la coincidencia parcial en la pretensión de corrección, la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general y la necesidad de argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica (Alexy, 2014), en tanto manifestación discursiva derivada como especie dentro del género "razonamiento jurídico" (Atienza, 2017, p. 11). De otro lado, la exigencia de argumentar es propia del estado de derecho, en especial del estado constitucional de derecho (Atienza, 2011), y debe ser cumplida en lenguaje claro, comprensible para su destinatario directo. En consecuencia, todas estas operaciones confiadas a los jueces, consistentes en prestar la atención debida a toda la prueba rendida en el juicio, seleccionar la que resulta útil para dirimir el caso, valorarla, razonar sobre su significado, decidir y argumentar, no son tareas sencillas ni se pueden cumplir por mera intuición.

VIII - ALGUNAS PROPUESTAS

La cuestión no es insoluble, ya que existen algunas propuestas que pueden formularse. A continuación, algunos criterios de organización de la audiencia.

Organización de la prueba

A tal fin, se torna razonable ponderar que la prueba a recibir en el juicio debe ser distribuida, en la práctica, en un volumen adecuado para que pueda ser percibida correctamente por el juez o el tribunal y las partes con la atención debida.

Lo que se busca es racionalizar la elección del modo de organización del acto.

Así, se torna indispensable identificar, según lo oportunamente solicitado por las partes en la audiencia de control de acusación, y respetando sus respectivas estrategias procesales, distintos criterios para diseñar la realización del debate.

En este orden de ideas, debe atenderse a la importancia que cada testigo tiene para la teoría del caso postulada por cada uno de los agonistas, distinguiendo entre los directamente vinculados con el hecho a dilucidar, usualmente tenidos como presenciales, y aquellos que no lo son y que solo buscan acreditar cuestiones periféricas.

Asimismo, deben diferenciarse los testigos expertos de aquellos que no lo son. En ese sentido, los profesionales citados a título de testigos expertos suelen tener un comportamiento más proclive a comparecer al primer llamado que se les haga, siendo excepcional que no lo hagan.

Por otra parte, no constituye un dato menor, que debe ser valorado por las Oficinas de

Gestión, la distancia a la que viven los testigos y su accesibilidad a la sede del órgano judicial a la que sean convocados. Para ello, debe marcarse una diferencia entre quienes no asisten al acto por motivos ajenos a su voluntad –como, entre otras causas, su grado de vulnerabilidad económica y social, que les impide acceder a un medio de transporte cuyo costo les puede representar una erogación imposible de afrontar– de aquellos que directamente se muestran indiferentes o incluso reticentes a concurrir, a pesar de ser ello una carga pública.

Estas circunstancias pueden proporcionar una idea acerca de la manera de organizar la audiencia, estableciendo no solo un orden en la comparecencia de los testigos, sino también en la previsión de las facilidades indispensables para garantizar su asistencia al acto, impidiendo su frustración.

Entender el rol de cada operador judicial

La distribución de competencias y funciones como derivación de la garantía de imparcialidad ya fue motivo de un primer tratamiento en el fuero penal cuando, en el pasaje del sistema mixto al sistema acusatorio, se separó la función de investigar y acusar. Evitando que los magistrados tomen contacto temprano con la evidencia recogida, destinada a ser presentada ante ellos por las partes, también se evita que se contaminen anticipadamente con el contenido y sentido del material que luego se volverá prueba a ponderar.

Esta división de funciones en nada excluye la posibilidad de que la oficina judicial y los jueces mantengan una coordinación necesaria que fructifique en soluciones prácticas al problema derivado de la escasez de juzgadores frente a la cantidad de actos procesales a celebrar. Así, la solución consagrada por el Código Procesal Penal del Chubut,¹¹ en el que expresamente se dispuso que las decisiones atinentes a la organización de la audiencia se adopten "en combinación" con los magistrados, resulta más que satisfactoria a los fines aludidos.

No poner el carro delante del caballo

A nadie escapa que en ámbitos que albergan disputas sensibles para la sociedad, como lo es el proceso penal, los tiempos imponen ciertas urgencias que terminan naturalizándose. Ello implica que, ante el transcurso de plazos angustiosos, como los que urgen cuando median medidas cautelares sobre la persona de un imputado, se torna razonable que se programen audiencias para que los jueces resuelvan con celeridad la cuestión. Pero cuando de decisiones finales se trata, se vuelve indispensable garantizar que los juzgadores tengan la oportunidad de recibir el material que les habrá de servir para resolver, así como que cuenten con el tiempo necesario para reflexionar sobre este, valorándolo.

¹¹ Ley XV Nro. 9 (antes Ley 5.478), artículos 298 y 300.

Debe entenderse que la labor judicial no es una factoría cuya única función es resolver litigios mecánicamente, abdicando de aplicar un mínimo de racionalidad –y de humanidad– en las decisiones que se adopten y con el solo ánimo de llenar casilleros que puedan ser mostrados ante la opinión pública como prueba del éxito del sistema procesal penal. Quienes así lo creen solo debilitan la importancia de la tarea de uno de los poderes del Estado, de génesis constitucional.

IX - IMPARCIALIDAD Y GESTIÓN RACIONAL DEL TIEMPO DE LOS JUECES

No puede pensarse la imparcialidad como una garantía desconectada de todas las demás salvaguardas y derechos que titularizan los justiciables dentro del proceso, toda vez que una interpretación semejante fragmentaría su efectividad, diluyéndola. Con más razón esto es exigible si se tiene en cuenta que el proceso penal acusatorio/adversarial está diseñado para conseguir que solo lleguen a juicio aquellos casos que, por su magnitud, gravedad o interés social justificado, deban resolverse de esa manera, debiendo canalizarse la gran masa de conflictos por medios alternativos de resolución (Kamada, 2023, p. 115).

En virtud de ello, la imparcialidad se abastece también del derecho que asiste al acusado de obtener una sentencia motivada y, además, racionalmente argumentada sobre la base de la valoración de la prueba recibida (Prono, 2017) y las pretensiones de las partes. Se trata de una variante específica del razonamiento judicial que "consiste en ir de las pruebas a las hipótesis" (Aguilera, 2020, p. 31).

El colegio de jueces contiene un recurso humano cuantitativamente limitado y, como tal, exigido en su rendimiento. Sus integrantes no pueden ser apremiados por una superposición descontrolada de audiencias, pues así no están en condiciones de reflexionar en el tiempo requerido.¹² La solución pasa por visualizar el proceso penal como un todo en el que la judicatura y la Oficina de Gestión realizan tareas diversas pero complementarias, con la cabal comprensión de que lo que el justiciable espera es la resolución final, que no puede ser el fruto de un mero decisionismo irreflexivo, enderezado a proveer de un número más la planilla de estadísticas.

Nuestro sistema procesal penal ha renunciado expresamente a este paradigma, para instaurar el que eligieron, con preclara inteligencia, los constituyentes originarios. Para hacerlo realidad, debe asegurarse que el acusado haya contado con la garantía de que los jueces tuvieron la oportunidad cierta de examinar a conciencia y con la necesaria se-

¹² Se destaca el artículo 303, penúltimo párrafo, del Código Procesal Penal federal, en cuanto ordena que, "mientras dure la deliberación, los jueces no podrán intervenir en otro juicio", lo que resulta sobradamente justificado si se entiende que, en ese lapso, los juzgadores están estrictamente abocados a ordenar todos los elementos que deben ser consignados en la sentencia y que aparecen enunciados en los artículos 305 y siguientes de la misma ley adjetiva.

renidad los hechos del caso, la prueba recibida y la argumentación esgrimida para construir su sentencia. Ello demanda una programación racional de los actos procesales, a lo que en nada se opone propiciar canales de coordinación entre ambos organismos que permitan gestionar procesos con racionalidad, celeridad, informalidad y flexibilidad, pero también con justicia, a sabiendas de que solo se puede llegar a una sentencia axiológicamente valiosa luego de un proceso muy complejo que únicamente está en cabeza –y en la responsabilidad– de los jueces transitar (Meroi, 2021).

REFERENCIAS

- AGUILERA, E. (2020). Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito. En J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez, *El derecho al razonamiento probatorio*. Marcial Pons.
- ALEXY, R. (2014). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALISTE SANTOS, T. J. (2011). *La motivación de las resoluciones judiciales*. Marcial Pons.
- ATIENZA, M. (2011). Argumentación y Constitución. En C. Alarcón Cabrera, y R. L. Vigo (coords.). *Interpretación y argumentación jurídica*. Marcial Pons.
- ATIENZA, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- ATIENZA, M. (2017). Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. En J. Aguiló Regla y P. Grández Castro. *Sobre el razonamiento judicial*. Palestra.
- BACIGALUPO, E. (2005). *El debido proceso penal*. Hammurabi.
- CADENA MONTOYA, J. D. (2014). Las nuevas oficinas de gestión judicial. *Sistemas judiciales*, 14(18). <https://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Sistemas-Judiciales-N%C2%BA18.pdf>.
- CAFFERATA NORES, J. I. (2007). *Proceso penal y derechos humanos*. Del Puerto.
- CARDOZO, B. (1955). La naturaleza de la función judicial. En C. Cossio. *Teoría general del derecho*. ARAYU.
- CHAIA, R. (2015). La etapa intermedia en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Reflexiones en torno al juicio de la acusación. *La Ley*, 6.
- FERRAJOLI, L. (2005). *Derecho y razón*. Trotta.
- GÓMEZ URSO, J. F. (2011). *El juicio oral*. Hammurabi.
- GONZÁLEZ POSTIGO, L. (2014). La gestión judicial en los Tribunales de Familia de Santiago de Chile. *Sistemas judiciales*, 14(18). <https://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Sistemas-Judiciales-N%C2%BA18.pdf>.
- GUZMÁN, N. (2006). *La verdad en el proceso penal*. Del Puerto.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (2005). *Las obligaciones básicas de los jueces*. Marcial Pons.
- IBÁÑEZ, P. A. (2012). La independencia del Poder Judicial y los derechos del juez. En A. Saiz Arnaiz. *Los derechos fundamentales de los jueces*. Marcial Pons.

- KAMADA, L. E. (2003). La frontera entre el derecho de defensa y la garantía al debido proceso. En M. Kaminker. *XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal*. Rubinzal-Culzoni.
- KAMADA, L. E. (2010). Elogio de la independencia (la metagarantía de la justicia del siglo XXI). En Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez. *Proyectando la justicia del siglo XXI en el bicentenario de la Revolución de Mayo*. Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez del Poder Judicial de la provincia de Córdoba.
- KAMADA, L. E. (2023). Revisitando el debido proceso como legitimador del nuevo litigio procesal penal. O ¿qué queda del debido proceso en el paradigma acusatorio/adversarial? *Revista de derecho procesal penal*, 2023-1.
- LA ROSA CALLE, J. y RIVAS, G. (2018). *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- LOCKE, J. (2000). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Planeta.
- MAIER, J. (2002). Independencia judicial y derechos fundamentales. En F. Asociación de Magistrados. *Primeras Jornadas Internacionales de Derechos Fundamentales y Derecho Penal*. Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la provincia de Córdoba.
- MEROI, A. (2021). *Argumentación para la prueba de los hechos*. Astrea.
- NIETO, A. y GORDILLO, A. (2003). *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Trotta.
- PERELMAN, C. y OLBRECHTS-TYTECA, L. (1989). *Tratado de la argumentación*. Gredos.
- PRONO, S. (2017). Racionalidad argumentativa y motivación judicial. En G. Barranco. *Argumentación y prueba de los hechos en el proceso judicial*. Universidad Nacional del Litoral.
- ROBINSON, P. (2012). *Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*. Marcial Pons.
- SCHIJVARGER, M. E. (2014). La puesta en marcha de oficinas judiciales en La Pampa. *Sistemas Judiciales*, 14(18). <https://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Sistemas-Judiciales-N%C2%BA18.pdf>.
- STANGA, S. (2006). Trascendencia, proyección y exigencias de la responsabilidad gerencial del juez. En A. Santiago. *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*. Abaco.
- VARGAS, J. E. (2014). Las nuevas oficinas de gestión judicial. *Sistemas judiciales*, 14(18). <https://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Sistemas-Judiciales-N%C2%BA18.pdf>.



**INTERVENCIÓN Y APLICACIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA
EN CUESTIONES DE GÉNERO**

Walter Antonio Varela y José Cerbo

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 12/02/2025

Aprobado: 04/04/2025

INTERVENCIÓN Y APLICACIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA EN CUESTIONES DE GÉNERO

INTERVENTION AND APPLICATION OF CRIMINOLOGY IN GENDER ISSUES

Por Walter Antonio Varela¹ y José Cerbo²

Poder Judicial de la provincia de Tucumán, Argentina

Los discursos son prácticas que forman los objetos sociales a los cuales se refieren, que aluden a un conjunto de significados, metáforas, representaciones, historias, teorías, planteamientos, etc., que de manera conjunta producen una versión determinada de los eventos. Su poder está inscrito en los condicionantes del momento socio histórico donde se produce.

Michel Foucault, Lección inaugural en el Collège de France, 2 de diciembre de 1970

Resumen: En el presente trabajo analizaremos de forma general el impacto de la ciencia criminológica en las cuestiones de violencia de género e intrafamiliar, abordando con especial atención la primera de ellas.

Palabras clave: sistema de justicia, recepción de la denuncia, violencia de género

¹ Abogado. Docente (Centro de Especialización y Capacitación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán). Prosecretario de la Cámara Penal, Sala I, de la ciudad de Concepción, Poder Judicial de Tucumán (2008-2010). Vicepresidente del Centro de Funcionarios Judiciales de Tucumán. Diplomado en Criminalística y Criminología (Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina). Diplomado internacional en Teoría del Delito y Ciencias Criminológicas (Universidad Nacional del Oeste e Instituto Peruano de Derecho Penal). Diplomado superior en Derechos Humanos y Control de Constitucionalidad y Convencionalidad (Universidad de Bolonia). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-2413-0663>. Correo electrónico: waltervarela@gmail.com.

² Abogado. Doctorando en Derecho Penal y Ciencias Jurídicas Penales (Universidad del Salvador). Especialista en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires). Diplomado en Derecho Penal, Resolución de Casos, Teoría del Delito y de la Pena (Universidad de Belgrano). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-6873-9285>. Correo electrónico: cerbojose@gmail.com.

Abstract: In this paper, we will generally analyze the impact of criminological science on issues of gender-based and intrafamily violence, with a particular focus on the former.

Keywords: justice system, filing of the complaint, gender, based violence

I - INTRODUCCIÓN

La idea del presente trabajo es intentar sintetizar la problemática criminal acerca de un mal que aqueja desde tiempos remotos al mundo: la violencia de género, es decir, la violencia ejercida en forma ideologizada, sistemática y programada contra la mujer.

La ley penal en sí misma no evalúa el problema como un todo social que necesita de equipos interdisciplinarios de índole estatal; solo se limita a la aplicación de la norma en forma del caso individual. Esta manera de judicializar no contribuye ni da garantía alguna en la resolución del tema. Es la criminología la que viene a apuntalar, de la mano de los equipos interdisciplinarios, y a permitirnos una perspectiva de control ampliada para intentar restringir y punir eficientemente la violencia de género, en este caso, específicamente contra la mujer.

Esta nueva perspectiva debería ser incorporada como un instrumento para la transformación de las prácticas profesionales, para intentar modificar los efectos no deseables de cara a una mejora en la atención y asistencia a la víctima y una mayor observación, conocimiento y control de las acciones del victimario.

Tomando la cuestión en este sentido, debemos considerar que cuando una mujer denuncia hay, como mínimo, una experiencia subjetiva de malestar que se debe explorar y analizar con contundencia profesional. Esta denuncia, además, no debe bajo ningún aspecto constituirse en un mero acto administrativo sino, por el contrario, en el inicio de una cuestión que trasciende el ámbito de la denuncia. Una instancia en donde se juegan valores trascendentales tutelados legalmente, como el derecho a la vida, a la libertad, a la no discriminación y valores que revisten rango constitucional.

Las limitaciones para resolver el problema de la violencia de género e intrafamiliar –reducción de la problemática al ámbito administrativo, falta de investigación adecuada del tipo, etcétera– las impone el sistema jurídico penal, inmerso en una realidad excesivamente compleja que guarda relación con una estructura social y un estigma que han perpetuado un vínculo desigual entre géneros.

En general, la violencia hacia la mujer se plantea como si se tratara de un problema personal entre el agresor y la víctima, una cuestión psicológica o una patología individual –como es el delito cometido por un agresor concreto: víctima-victimario–. En consecuencia, no se analiza colectivamente, como un problema de estructura social que lleva

siglos sin resolverse. El derecho y la ciencia criminológica deberán trabajar para entender y concientizar acerca de que la violencia debe ser abordada estructuralmente y no como una cuestión meramente familiar. La criminología nos ha enseñado que existen conductas y parámetros criminales de los cuales no puede obviarse su observación, análisis y conclusión.

II - EL GÉNERO EN LOS COMIENZOS DE LA CRIMINOLOGÍA

El Dr. Eugenio Zaffaroni afirma que "siempre que hubo derecho penal, hubo criminología, aunque inorgánica" (2011, p. 24). Pero claro es que el devenir histórico como ciencia formal inicia en el mismo momento en que se le da legitimidad al poder de la inquisición papal, donde surge la criminología como ciencia empírica.

La Iglesia crea un poder punitivo *per se*, una institución para combatir herejes de la fe cristiana, primero, luego utilizada para combatir el espíritu femenino y destruir en un ataque sistémico la imagen de la mujer. El resultado de este accionar es una misoginia institucionalizada.

Zaffaroni es muy claro cuando se refiere a la génesis de la criminología como ciencia y la vincula con la idea madre de la Iglesia cristiana de crear un enemigo extracorpóreo, al que necesariamente le sería de mucha utilidad la alianza con los seres mortales, a quien someter a su dominio para llevar a cabo su plan de guerra contra Dios, otrora su padre, hoy convertido en enemigo acérrimo.

Para verticalizar la Iglesia y jerarquizarla, colocándose en la cúspide, se valió del establecimiento de un poder punitivo propio, creando la inquisición, o sea, una institución policial dedicada a eliminar físicamente a los herejes, es decir, a quienes negaban su poder centralizado. A poco andar, eliminó a los cátaros, a los albigenses y a otros y luego la emprendió contra las mujeres. Cabe aclarar que la política inquisitorial –a diferencia de la colonialista– no tenía por objeto la ocupación territorial, por lo que no montó campos de concentración. (p. 25)

Era necesario entonces atarse al dogma eclesiástico, dotándolo de mayor profundidad y severidad.

Fue Nicolás Aymerich (1320-1399), teólogo católico e inquisidor general de la Inquisición de la Corona de Aragón durante la segunda mitad del siglo XIV, quien sintetizó la experiencia teórica del saber inquisitorio y penal, pero sin ningún atisbo del saber criminológico. Sin embargo, es en el *Malleus Maleficarum*, de Sprenger y Kramer, donde aparece el primer sistema integral, sistemático, de los orígenes del crimen, de las manifestaciones reales de las conductas que determinan la existencia de crimen, y de las penas que

esos delitos en particular conllevarían; pero, por sobre todo, aparece por primera vez un relato detallado sistemático de los signos de los criminales. A punto tal que "hasta se caracteriza a la progenie, afirmando que las hijas de aquellas consideradas brujas tendrían hijas que también serían brujas por inafectación" (Zaffaroni, 2011, p. 33).

Descripciones múltiples de los criminales y su forma de accionar se plasman en la obra de Sprenger y Kramer, para posteriormente dar lugar a enormes volúmenes –con información impecable muchos de ellos, por cierto– que permitieron la creación de la criminología como ciencia. No sería posible entonces –no debería serlo– dejar de lado las prescripciones de la ciencia criminológica al momento de transitar el análisis de las conductas criminales humanas.

La historia de la criminología como ciencia es enormemente prolífera como para que este mero intento de síntesis ajustada pueda siquiera opinar acerca de ella. Pero lo cierto es que ya no debería analizarse comportamiento criminal alguno por fuera de ella. Como hemos dicho, el crimen ya no puede ni debe suscribir su análisis a la mera órbita judicial.

III - ANÁLISIS JURÍDICO Y SOCIAL

Consideramos la violencia de género como el discurso que pretende la transformación de lo social mediante la reducción, el malestar, la desigualdad, la dominación y la violencia en función del sexo-género de las personas.

Esta perspectiva profundiza especialmente en los efectos que una concepción androcéntrica y de dominio patriarcal produce sobre la identidad de la víctima y el concepto de maltrato hacia ella. El ejercicio de dominio patriarcal produce una visión de minimización de los hechos violentos sobre la víctima, falta de credibilidad de sus relatos y desvío de la responsabilidad de los agresores, al punto de instaurar el olvido de esta violencia por parte de la sociedad por el temor que tienen las personas de intervenir. De esta manera, se evalúa a las víctimas considerando lo sucedido como asuntos aislados, en lugar de abordar la cuestión como un problema social.

Esto es lo que sucede en el sistema jurídico penal, que no está exento de la perspectiva androcéntrica. De esta forma, un conflicto social que debería considerarse masivo, estructural y por supuesto sociohistórico, se reduce a una mera cuestión intrafamiliar. En esta *ultima ratio* es donde ingresa la ciencia criminológica para ampliar la visión en la temática no en particular, sino como ciencia en general.

Veamos entonces el siguiente análisis a los efectos de ampliar la visión del planteo:

– La violencia de género no se reduce a un mero conflicto de violencia doméstica, de relación familiar o de pareja. La realidad indica que se trata de un conflicto social, que podría considerarse como un mal pandémico a partir de la lectura diaria de las informaciones que a nivel global arrojan las estadísticas de homicidios perpetrados contra las

mujeres en razón de su género –feminicidios–.³ Existe también una variabilidad del tipo de mujeres que son víctimas de violencia, y por supuesto también una variabilidad emocional respecto de las relaciones que ellas establecen con su red de apoyo –familia, hijos, hermanos, grupos sociales, etcétera–. Asimismo, según el momento del proceso o ciclo de la violencia en que se encuentre la víctima, puede observarse un comportamiento diferente. Poder identificar estos momentos disímiles requiere intervención profesional oportuna y un seguimiento continuado. En este punto es importante considerar las diferencias culturales o étnicas de las mujeres que acuden al sistema penal y cómo se manifiestan. En especial, hay que detectar la existencia de violencia invisible, que se encuentra oculta por el hecho de haber sido normalizada o naturalizada en el seno de la pareja.

– Para poder visibilizar las características y matices indicadores de una relación de dominación, es necesario que se hallen disponibles los recursos necesarios por parte del Estado. Así, se resalta la necesidad de equipos interdisciplinarios y una sólida intervención profesional en la red de atención a la víctima y al victimario, incluyendo también la participación de su red personal natural –hijos, familiares, amigos–. Este acompañamiento debe pensarse con objetividad analítica. Para ello, es necesario investigar todo aquello que remita a lo acontecido en el vínculo entre víctima y victimario.

– Para que el sistema judicial pueda dar una respuesta integral y un abordaje respetuoso a las víctimas, es necesaria una actitud reflexiva por parte de los agentes jurídicos. Es decir, se deben erradicar las prácticas irracionales, innecesarias y estériles, manteniendo una posición neutral y objetiva pero empática y respetuosa respecto de la víctima.

– Debe replantearse el diseño de la red de servicios a la víctima de violencia de género. En líneas generales, se debe avanzar en la aplicación de la ley que contemple medidas de protección a las mujeres víctimas y a la vez medidas punitivas para los agresores, las cuales muchas veces no se hacen efectivas por el exceso de causas que dificultan la respuesta judicial en las instancias oportunas. Esto nos aleja de soluciones reflexionadas, consensuadas, lógicas y eficaces respecto de la celeridad de respuesta dentro del ámbi-

³ Según datos publicados por el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, de acuerdo con el informe 2024 producido por el Registro Penal de Violencia Familiar y de Género, el 70,5 % de los procesos penales de homicidio con víctima femenina fueron configurados como feminicidios. En un 84 %, estos feminicidios se produjeron en un contexto íntimo o familiar. En el 86,7 % de los casos, el lugar del hecho fue la vivienda propia o compartida. En los informes del Registro –desde 2015 hasta la actualidad– podemos ver que la incidencia de los delitos de feminicidio respecto de la totalidad de los delitos denunciados en el fuero penal, cualquiera sea la materia o la víctima, ha escalado del 9,10 % en 2015 al 13,1 %, solo teniendo un valor mayor, del 14,9 %, en 2021 –durante la pandemia–. www.mpba.gov.ar/files/Informes/Informe%20REVIAG%20y%20Femicidios%202024.pdf.

Suele dividirse en tres fases principales:

– Fase de acumulación de tensión: aquí comienzan a surgir conflictos y tensiones; puede haber discusiones, insultos o comportamientos controladores; la víctima suele intentar calmar la situación para evitar que escale.

– Fase de explosión o agresión: es el momento en que ocurre el acto violento, que puede ser físico, emocional, sexual o psicológico; es la etapa más peligrosa y evidente del ciclo.

– Fase de luna de miel o reconciliación: después de la agresión, el agresor puede mostrar arrepentimiento, pedir perdón o prometer que no volverá a ocurrir; esto genera una falsa sensación de seguridad en la víctima, lo que perpetúa el ciclo. Véase: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_para_la_judicatura_sobre_respuestas_eficaces_de_la_justicia_penal_ante_la_VGMN_FINAL.pdf.

to penal. El saldo es la rutinización y automatización de los procedimientos jurídicos, produciendo ineficacia en la intervención de la violencia criminológica.

De la postulación de estos enunciados podemos inferir que no es posible resolver esta problemática jurídica si no se parte de un abordaje integral. La ciencia jurídica por sí misma, ajena y aislada del contexto multidisciplinario, carece de fuerza capaz de dar soluciones concretas y específicas al conflicto. No pueden esperarse resultados reales sin que la ciencia jurídica penal se ampare y sustente sobre las bases del aprendizaje firme y concreto de la criminología.

Luego de identificado el problema desde el punto de vista legal y criminal, vendrán los grupos de apoyo multidisciplinarios. Fuera de esta convocatoria de análisis criminológico profundo, dudosamente se podrán lograr los resultados necesarios y buscados. Esto señalaría el comienzo de un criterio legislativo, judicial y dogmático enmarcado en la búsqueda de verdades científicas que reproduzcan un análisis y una comprensión de las medidas instrumentales para relacionar y prevenir los elementos criminógenos sociales. El aditamento, además, sería que los mismos se generasen sin formulación ideológica y solo se trabajase sobre la ciencia pura y la sistemática elemental.

Quizá en un análisis primario podría decirse que se trata de un intento de formulación meramente positivista. En principio, creemos entender que no sería necesariamente esta situación. Más bien nos referimos a extender los saberes criminalísticos a los ámbitos legislativos, judiciales, institucionales, administrativos, agencias de control estatal y demás medios, al solo efecto de incluir, ampliar y abarcar todo tipo de "control preventivo del Estado". Es decir, aprender seriamente a dejar de lado todo aquello que no esté reforzado por la ciencia y, como tal, la criminología.

Decir que esta posición sería el eje vertebral de control de una política social modernizada a efectos de la aplicación criminológica no resulta exagerado, toda vez que los saberes de esta ciencia no solo han prevalecido hasta el día de hoy, sino que, además, no se debe concebir legislación positiva en el ámbito penal sin conocimiento científico criminológico, ya que ello claramente resulta irracional. Esta formulación es, de alguna forma, el eje de lo que constituye el control de la política moderna.

IV - CONCLUSIÓN

Es importante desde el punto de vista criminológico lograr distinguir entre causas y factores. En el análisis de los casos de violencia familiar y violencia de género, la o las causas son sin duda de índole cultural, social y antropológica. Los factores, que están diferenciados de las causas, en su mayor parte se cree erróneamente que están subsumidos o relacionados con trastornos de la personalidad, alcoholismo, frustraciones personales, drogadicción, síndrome de Otelo, pobreza, entre otros.

Por el contrario, es el sentido de pertenencia, de cosificación, de creencia de superioridad respecto de la mujer y los demás miembros de la familia que estuvieran a cargo del varón, transmitido de generación en generación, el que determina la real configuración de la violencia familiar y de género. En definitiva, se trata de un problema social estructural. Si así no fuera, pasaría a ser una cuestión del Estado en la órbita de la salud pública. Para la prevención de la violencia de género e intrafamiliar debe lograrse la resocialización desde el seno familiar hasta la vida social.

Es aquí donde el Estado, en conjunto con los medios de comunicación, está obligado a cumplir con la educación y la formación moral y cultural de la población. Estas cuestiones, además, son garantías establecidas en el artículo 14 *in fine* de la Constitución nacional.

La violencia, en general, es la utilización de la fuerza para resolver un conflicto de intereses entre sujetos, donde se impone la voluntad de uno en perjuicio del dominado. Esta es la cuestión que el Estado debe criminalizar para poder sancionarla.

La violencia de género es una manifestación estructural social de poder del varón por sobre la mujer. Estas circunstancias tienen como manifiesto originario una sociedad patriarcal ligada a patrones socioculturales. El paradigma cultural de la supremacía del varón es la causa fuente de la violencia de género y de la violencia intrafamiliar, cuya génesis ha sido una muy fuerte estructura de control y dominación patriarcal, transmitida generacionalmente a través de los siglos. Otros factores solo son el detonante de algo que subyace en una creencia social generalizada y que es la causa final, definido como "machismo imperante".

Por otro lado, la reacción del hombre no es frente al elemento inductivo, sino por la interpretación que hace de sí mismo. Es decir, el grado de convicción con el cual considera normal o razonable una acción cuando en definitiva se trata de un ilícito irracional.

Se observa que, cuando las penas se vuelven más severas, puede generarse una reacción que intensifica las conductas violentas, promoviendo un ciclo de mayor conflicto en lugar de disuadirlo. Esta es la razón por la cual postulamos que la respuesta penal *per se* no termina de dar solución al problema. En este caso, lo agrava.

¿Cuáles son los elementos que el derecho penal debe incorporar o perfeccionar? ¿Qué autocrítica debe hacer la Justicia para lograr estas mejoras tanto necesarias?

Si la sociedad sigue considerando que la violencia de género no es un delito, con toda la extensión y gravedad humana y social que este acarrea, y no es tratada con la más absoluta seriedad y en equipos interdisciplinarios, seguirá siendo la herramienta fundamental del patriarcado para perpetuar el sometimiento de las mujeres.

La caza de brujas transformó la relación de poder entre el Diablo y la bruja. Ahora la mujer era la sirvienta, la esclava, el *súcubo* en cuerpo y alma, mientras el Diablo era al mismo tiempo su dueño y amo, proxeneta y marido. Por ejemplo, era el Dia-

blo quien "se dirigía a la supuesta bruja. Ella rara vez lo hacía aparecer" (Lerner, 1983: 148). Después de aparecérselo, el Diablo le pedía que se convirtiera en su sirvienta y lo que venía a continuación era un ejemplo clásico de relación amo/esclavo, marido/mujer. Él le imprimía su marca, tenía relaciones sexuales con ella y, en algunos casos, incluso le cambiaba el nombre (Lerner, 1983, p.148). Además, en una clara prefiguración del destino matrimonial de las mujeres, la caza de brujas introducía *un solo Diablo*, en lugar de la multitud de diablos que pueden encontrarse en el mundo medieval y renacentista, y un *Diablo masculino, por cierto*, en contraste con las figuras femeninas (Diana, Hera, *la Signora del Gioco*), cuyos cultos estaban presentes entre las mujeres de la Edad Media, tanto en las regiones mediterráneas como en las teutónicas. (Federici, 2010, pp. 257-258)

REFERENCIAS

- FEDERICI, S. (2010). *Calibán y la bruja*. Traficantes de sueños.
- ZAFFARONI, E. R. (2011). *La palabra de los muertos*. Conferencias de criminología cautelar. Ediar.



**LA PRISIÓN PERPETUA EN ARGENTINA:
UN COMENTARIO AL FALLO "GUERRA"**

Ángel Nicolás Nigro

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 04/02/2025

Aprobado: 28/02/2025

LA PRISIÓN PERPETUA EN ARGENTINA: UN COMENTARIO AL FALLO "GUERRA"

LIFE IMPRISONMENT IN ARGENTINA: A COMMENTARY ON THE "GUERRA" JUDGMENT

Por Ángel Nicolás Nigro¹

Poder Judicial de la Nación, Argentina

Resumen: El 21 de noviembre de 2024, el máximo tribunal del país se expidió en el marco del legajo CCC 45877/2012/TO1/3/CS1 "Guerra, Sebastián Alejandro y otros s/ incidente de recurso extraordinario" (fallos 347:1770), en un fallo no tan extenso que, sin lugar a duda, tuvo grandes y diversas repercusiones vinculadas a la constitucionalidad de la prisión perpetua o cuál fue exactamente el alcance de lo resuelto. Esta circunstancia nos invita a investigar y profundizar conocimientos respecto del conflicto inherente al caso, y cómo deberían operar las prohibiciones para acceder a la libertad condicional del artículo 14 del Código Penal respecto de las personas condenadas a perpetuidad y sus derechos no afectados por las penas de prisión.

Palabras clave: prisión perpetua, libertad condicional, poder punitivo y penas inhumanas, crueles o degradantes, resocialización, progresividad, intangibilidad de la persona humana, prohibición de toda especie de tormentos

Abstract: On November 21, 2024, the country's highest court ruled on the case file CCC 45877/2012/TO1/3/CS1 "Guerra, Sebastián Alejandro et al. s/ extraordinary appeal incident" (Supreme court "fallos" collection: 347:1770), in a ruling that, without a doubt, had great and diverse repercussions related to the constitutionality of life imprisonment and what exactly was the scope of the resolution. This circumstance invites us to investigate and deepen our knowledge regarding the inherent conflict in the case, and how the prohibitions to access parole under Article 14 of the Penal Code should operate with respect to individuals sentenced to life imprisonment and their rights not affected by prison sentences.

¹ Abogado especialista en derecho penal, (Universidad de Buenos Aires). Docente de grado (Universidad Nacional de La Matanza) y de posgrado (UBA). Secretario *ad hoc* del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de CABA. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-0637-5254>. Correo electrónico: nigro.anicolas@gmail.com.

Keywords: life imprisonment, parole, punitive power and inhuman, cruel or degrading punishments, resocialization, progressivity, intangibility of the human person, prohibition of all forms of torture

I - INTRODUCCIÓN

Frecuentemente se escuchan voces u opiniones muy diversas respecto del alcance y las significancias de las prisiones perpetuas en Argentina. Esta discusión ha cobrado especial relevancia tanto en ámbitos judiciales como a través de los medios de comunicación masiva. "Báez Sosa", "Lucía Pérez", "Lucio Dupuy", no son más que algunos casos de crímenes gravísimos que se hicieron conocidos ante la opinión popular por los nombres de sus víctimas.

En nuestro caso en particular, Sebastián Alejandro Guerra resultó condenado a la pena de prisión perpetua por haber sido encontrado coautor penalmente responsable del delito de homicidio calificado reiterado en dos oportunidades, una de ellas en grado de tentativa. Para tratar de comprender los alcances de las penas perpetuas, la notoria falta de claridad y hasta cierto grado de contrariedad en la técnica legislativa actual sobre aspectos esenciales que regulan este tipo de pena, sumado a los distintos criterios interpretativos de los juzgadores, han llevado menor claridad a los imputados, a las víctimas y a la sociedad en su conjunto en cuanto a la posibilidad de comprender el fenómeno punitivo de mayor gravedad.

A ello se adunan las opiniones desplegadas por los medios de comunicación –muchas veces desconcertantes–,² lo que se mezcla con la información –muchas veces también inexacta– adquirida por internet, especialmente a través de redes sociales. Algunas de esas voces reclaman un incesante incremento del poder punitivo real conferido al Estado respecto de las personas sometidas a un proceso penal, como la mejor respuesta a los graves delitos, tanto en el plano temporal como en el modo en que estas penas se cumplan.

No es posible ignorar que el aumento indiscriminado e infundado de los castigos penales jamás colaboró en la disminución de los casos, sino que ha hecho perder rigor sistemático en favor de la arbitrariedad. Mucho menos favoreció la resolución de los conflictos sociales judicializados. Sobre esto, la doctrina tiene dicho que:

La política aumenta las penas para tranquilizar una opinión pública alterada por campañas mediáticas que alucinan el castigo como la solución al conflicto penal

² A título ilustrativo, véase: <https://www.infobae.com/judiciales/2024/11/21/la-corte-suprema-declaro-la-inconstitucionalidad-de-la-prision-perpetua/>.

y a casi todos los conflictos sociales en general ... se establecen aumentos irracionales y escalas penales de igual naturaleza que determinan un enfrentamiento entre el ámbito político y judicial. (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2017, p. 741)

II - LA LEGISLACIÓN ARGENTINA Y SU PROBLEMÁTICA INTERPRETACIÓN

En nuestro país, el artículo 5º del Código Penal determina exclusivamente las penas vigentes. Al momento de la redacción de este trabajo es posible condenar a una persona a penas de reclusión, prisión, multa e inhabilitación. Sin embargo, hay que considerar que la reclusión se encuentra virtualmente derogada, por lo cual los tipos de penas a imponer se reducen a las restantes.

Respecto de la pena de prisión, algunos tipos penales establecen una escala penal –compuesta por un mínimo y un máximo– dentro de la cual el juez deberá decidir el *quantum* en caso de encontrar responsable al acusado del delito que se le impute. Distinta es la suerte para los delitos conminados con penas de prisión perpetua, ya que esta resulta la única sanción posible. Pero, que una pena sea perpetua, ¿significa que el condenado vaya a estar preso “toda la vida”? Veamos.

Originariamente, nuestro Código Penal de 1921 estableció como únicos requisitos para el acceso a la libertad condicional en condenas temporales el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena en encierro, la regular observancia de los reglamentos carcelarios y la no condición de reincidente del interno. Los condenados a perpetua, según la Ley 11.179 (Código Penal), podían solicitar la libertad condicional al cumplir veinte años de prisión. Es decir que esta pena nunca significó un encierro *de por vida* o materialmente perpetuo, ya que, en todos los casos, luego de una determinada cantidad de años se podía acceder a la libertad condicional. Una vez otorgada esta medida, si luego de otro lapso el condenado cumplía con las obligaciones impuestas para el tiempo en libertad y no se cometían nuevos delitos, se podía acceder a la libertad definitiva.

A partir de 2004 comenzó a verificarse un progresivo incremento de las restricciones para el otorgamiento de determinados beneficios, que derivaron en un progresivo endurecimiento de las condiciones de acceso a libertades anticipadas. Por medio de las reformas de las Leyes 25.892 y 25.948, comúnmente conocidas como “Leyes Blumberg”, se aumentó el requisito temporal de veinte a treinta y cinco años para poder solicitar la libertad condicional, y se extendió de cinco a diez años el plazo para el control de las obligaciones para que la pena se tenga por cumplida. Además, directamente se privó del derecho a solicitar la libertad condicional a quienes fueran condenados por los delitos previstos en el artículo 80 inciso 7º –como en el caso de Guerra–. Específicamente, una de estas leyes modificó el artículo 56 bis de la Ley 24.660, determinando que estos casos no tendrían acceso a los institutos del período de prueba, la prisión discontinua o semidetención, ni la libertad asistida.

El artículo 13 del Código Penal en la actualidad establece la libertad condicional como la última etapa de la pena de prisión. Señala Aboso (2018) al respecto:

De esta manera, el penado puede acceder de manera anticipada a la libertad sin necesidad de que se cumpla la totalidad de la pena, lo que significa reconocer una finalidad resocializadora de la pena en detrimento de una función meramente retributiva. (p. 65)

Además, la doctrina ha señalado que la reinserción social es un proceso de "personalización", tendiente a "disminuir el nivel de vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal, dotándolo de los medios necesarios como para que pueda tomar conciencia de su rol y salirse del estereotipo selectivo del poder punitivo" (López y Machado, 2004, p. 191)

Sin embargo, esto se volvió a modificar en 2017, cuando, además de determinar más delitos con pena de prisión perpetua, se incorporó una batería de exclusiones a la libertad condicional en el artículo 14 del Código. La doctrina señala que "Originariamente esta limitación de la concesión de la libertad condicional estaba prevista solo para los reincidentes" (Aboso, 2018, p. 73), pero, según la redacción actual de la normativa vigente, casi todas las personas condenadas por delitos que contemplen penas de prisión perpetua tienen impedido acceder a la libertad condicional.³

Esta es la primera problemática que advertimos, a poco más de siete años de su entrada en vigor. La decisión impactó de manera directa tanto en la persona condenada como en el medio carcelario, debido al evidente aumento de su población. También existe una relación directa con el desincentivo del buen comportamiento en la vida intramuros para el condenado, pues sabe que una vez que ingrese a prisión ya nunca más volverá a salir. Sin soslayar la gravedad de los hechos, que una pena se agote tan solo con la muerte del condenado es insostenible frente al mandato constitucional y convencional que determina que debe tener la finalidad de permitir, en algún momento, la vuelta de la persona al medio social libre, promoviendo su adecuada reinserción social.

La segunda problemática que presentan estos casos se vincula con la imposibilidad de determinar la fecha cierta del agotamiento de la pena perpetua. Cuando el condenado se encuentre alcanzado por las prohibiciones del artículo 14, el artículo 16 del mismo cuerpo normativo no ofrece una clara solución al respecto.⁴

Así, en casos como el de Guerra, al tratarse de una pena perpetua no se establece una fecha de extinción para su condena. A su vez, al no poder solicitar la libertad condicional, jamás transcurrirá el plazo en libertad bajo cumplimiento de condiciones. Entonces, ante

³ Con excepción del delito de traición a la patria (art. 214) CP.

⁴ "Transcurrido el término de la condena, o el plazo de cinco años señalados en el artículo 13 sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12".

la falta de una solución específica, nos encontraríamos en presencia de una pena materialmente perpetua, es decir, sin posibilidad de liberación. En esa línea, se ha dicho:

Se plantea así un grave problema con el agotamiento de la pena perpetua desde el punto de vista del art. 16 del Cód. Penal ... esta cuestión carece de solución legal, es decir, se trata de un vacío normativo que debe ser atendido concurriendo al expediente del indulto o conmutación de pena.⁵

En términos generales, las soluciones posibles se han organizado en tres grupos:

– Parte de la jurisprudencia ha entendido que nadie puede cumplir una pena privativa de la libertad por más de cincuenta años, con base en que el artículo 55 del Código Penal establece que, para los casos de concurso real de delitos –varios hechos imputados a una misma persona–, la sumatoria de pena no puede exceder dicho monto. En caso de que se trate de penas determinables, la escala penal final será la que surja del mínimo mayor de aquellas, y el máximo, de la suma de todos los máximos, no pudiendo excederse de cincuenta años. Este criterio fue el establecido por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en el fallo plenario "Ibáñez Benavidez y Otros"⁶ para afirmar que, de algún modo, la prisión perpetua son cincuenta años.

– Otro sector sostiene que la prisión perpetua es perpetua, pues la limitante analizada en el apartado precedente se vincularía exclusivamente con casos de concursos de delitos, pero no para limitar de modo alguno la prisión perpetua. Básicamente, para llegar a esta conclusión se realiza un análisis más literal del Código, del cual surge también que los condenados a perpetua por determinados delitos no pueden acceder a la libertad condicional (art. 14) ni a ningún beneficio de soltura anticipada, como la libertad asistida, la semidetención, la prisión discontinua (art. 56 bis de la Ley 24.660). Por lo tanto, la prisión perpetua sería de por vida.

– Finalmente, hay quienes sostienen que la prisión perpetua no puede superar los treinta años. Se hace pie en lo resuelto por las Naciones Unidas en el Estatuto de Roma⁷ para la Corte Penal Internacional el 17 de junio de 1998, aprobado por nuestro país mediante la Ley 25.390. Recordemos que el objetivo del Estatuto se orientó al juzgamiento de personas que cometieran delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión. Quienes sostienen esta postura básicamente infieren que, si el delito de genocidio merece una pena máxima de treinta años para el ordenamiento internacional, por operatividad del principio de proporcionalidad de las penas, ningún otro delito que revista menor gravedad podría tener una pena superior.

⁵Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, "Ríos, J.", 20 de abril de 2009, por mayoría.

⁶Suprema Corte de Justicia de Mendoza, "Incidente en auto FC/ Ibáñez Benavidez, Yamila M. Y Ortiz Rosales Maximiliano E. P/ homicidios calificados p/ plenario", 30 de diciembre de 2020, CUIJ 13-05365349-3.

⁷Específicamente, en su artículo 77 establece que la pena para la persona declarada responsable por alguno de aquellos delitos será de hasta treinta años de prisión y reserva la reclusión perpetua para casos excepcionales por su gravedad.

Sentadas las posturas interpretativas mayoritarias, desde la reforma legislativa de 2017 pocos tribunales en el país se habían expedido sobre la cantidad de años que implica la prisión perpetua. En muchos casos, el argumento esencial para el rechazo giraba en torno a que el planteo debería realizarse cuando el condenado hubiera cumplido el requisito temporal para solicitar el acceso a la libertad, luego de haber cumplido los treinta y cinco años. Según Frister (2016), para garantizar el principio de legalidad en lo referente al requisito de una ley suficientemente determinada (*lex certa*), es preciso que la ley penal determine por sí qué conducta debe ser valorada como merecedora de pena y en qué medida.

III - LOS ANTECEDENTES DEL FALLO "GUERRA"

Conviene recordar aquí la importancia de analizar el alcance de los fallos en el marco de los conflictos y recursos planteados. Una de las enseñanzas del juez John Marshall indica que "las doctrinas generales de cada fallo deben tomarse en relación con el caso en el que fueron usadas", y cuando van más allá del caso "pueden ser respetadas, pero no deben condicionar el criterio en una demanda posterior".⁸

Específicamente en el caso Guerra, el recurso extraordinario fue planteado contra la resolución adoptada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de CABA, oportunidad en la cual, por mayoría, se hizo lugar parcialmente al recurso de su defensa y se declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal y, en consecuencia, su inaplicabilidad en el caso en concreto respecto de la pena de prisión perpetua impuesta a Guerra. Del voto mayoritario se desprende que "el condenado tiene derecho a saber si sus esfuerzos en la observancia de los reglamentos carcelarios o en ajustarse a las exigencias del tratamiento para el avance en la progresividad será recompensado con una liberación anticipada".

Así, si una ley clausura como regla general cualquier posibilidad de liberación anticipada para un determinado delito, el condenado "tiene derecho a someter a escrutinio su constitucionalidad, aunque no hubiese alcanzado el tiempo de cumplimiento de pena que lo habilitaría a petitionar su salida anticipada". De lo contrario, se afectaría el tratamiento programado, individualizado y obligatorio que exige el artículo 5º de la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo.

Por su parte, el segundo juez que integró la mayoría de aquel voto expresó:

las características de la pena impuesta, de acuerdo con su configuración establecida por los arts. 14 C.P. y 56 bis de la ley 24.660 (según el texto vigente al momen-

⁸Suprema Corte de los Estados Unidos, in re, "Cohens v. Virginia", 19 U.S. 264 (1821), p. 399.

to de los hechos) genera un agravio de imposible reparación ulterior, en tanto impide al condenado conocer cuál es el horizonte de la ejecución de la pena impuesta.

También se señaló que los distintos institutos liberatorios de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad –la cual se caracteriza esencialmente por la progresividad de su régimen– persiguen los objetivos de impedir una liberación abrupta y a su vez estimular períodos de preparación y adaptación para el retorno al medio libre que operen como una suerte de estímulo hacia los internos, que los lleve a intentar esforzarse en el cumplimiento de los objetivos de su tratamiento. Se citó también el “derecho a la esperanza”, que otorga a las personas condenadas el derecho, como aspecto fundamental de la humanidad de las penas, a tener la oportunidad de rehabilitarse, por lo que su total cancelación tornaría a la pena degradante.

Este es el contexto que hace al fallo. La decisión fue recurrida por el fiscal general, que presentó un recurso extraordinario para llegar a la Corte Suprema. La Procuración General también sostuvo el recurso y recordó su postura, que avala la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

IV - LA DECISIÓN DE LA CORTE

Como una primera conclusión, debemos afirmar que el máximo tribunal del país no declaró la inconstitucionalidad de las penas perpetuas,⁹ sino que técnicamente rechazó el recurso presentado por el Ministerio Público Fiscal. Sin perjuicio de ello, se han sentado opiniones concretas sobre la problemática que estamos analizando que resultan de interés.

La primera y tal vez más novedosa sea el reconocimiento del derecho de una persona a conocer, desde el momento mismo de la imposición de la condena privativa de la libertad efectivamente perpetua, cuál es el régimen definitivamente aplicable de su pena. Además, en esa línea, se señaló con absoluta claridad en el considerando 12:

para que una norma respete el principio de legalidad en materia penal ... es necesario que, además de describir la conducta reprochable, establezca la naturaleza y límites de la pena de modo tal que, al momento de cometer la infracción, su eventual autor esté en condiciones de representarse en términos concretos la sanción con la que se lo amenaza.¹⁰

⁹Esto que afirmamos surge expresamente del voto integrado por los jueces Rosatti, Rosenkrantz y Maqueda, más precisamente, en el considerando noveno, que dice expresamente: “en el caso no se encuentra discutida la validez constitucional de la pena de prisión perpetua. En efecto, lo que la recurrente alega es la inexistencia de un agravio concreto y actual para el condenado que justifique la declaración de inconstitucionalidad del artículo 14 del C.P., toda vez que no ha cumplido con el tiempo mínimo necesario para solicitar acceder a la libertad condicional”.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Néstor Julio Musotto y Miguel Pedro Antonio Huesca, fallos 315:2101, 310:1909, 29 de septiembre de 1987.

Asimismo, se revalidó la vigencia de los fines de resocialización de las penas de los artículos 5º inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –citados por el fallo de Casación–, en cuanto exigen que “toda pena privativa de la libertad, sea temporal o perpetua, tienda a la reinserción social del condenado, lo que supone, necesariamente, la posibilidad de volver a vivir en libertad”.

Recopiló fallos trascendentales como “Gramajo”¹¹, en el cual declaró la inconstitucionalidad del instituto de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado del artículo 52 del Código Penal,¹² y se citó un *obiter dictum* del precedente “Giménez Ibáñez, Antonio Fidel”¹³, en el cual se señaló que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesiona la intangibilidad de la persona humana, y por tal motivo es incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el artículo 18 de nuestra ley suprema.

A ello, aun cuando no surja expresamente del fallo, sirve recordar que en 2019 la Corte Suprema se expidió en el caso “Álvarez”¹⁴, oportunidad en la cual se determinó que la forma de agotamiento de las penas perpetuas debía estar antecedida de una posibilidad de libertad condicional.¹⁵

Entonces, si bien se ha dicho que en “Guerra” la Corte no declaró la inconstitucionalidad de las penas perpetuas *per se*, y, como se dijo, los antecedentes deben ser leídos según los contextos de sus recursos, existen razones suficientes para comprender que sí se declaró la inconstitucionalidad de que los condenados a prisión perpetua no puedan acceder a la libertad condicional, por aplicación del artículo 14 del Código Penal.

V - REFLEXIONES FINALES

A modo de síntesis, podemos afirmar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la existencia del agravio desde el momento en el cual se impone la pena perpetua. Es decir, no será preciso cumplir con el requisito normativo temporal para poder

¹¹ CSJN, “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa –causa N° 1573–”, fallo 329:3680, 5 de septiembre de 2006.

¹² En tanto entendió que la misma no constituye una medida de seguridad sino una pena que se impone de forma conjunta a otra condena, que viola los principios de culpabilidad, legalidad, proporcionalidad, non bis in idem y que constituye un trato cruel, inhumano y degradante; y que el principio de resocialización opera como un impedimento para que el Estado aparte a una persona de la sociedad de forma permanente e indefinida.

¹³ CSJN, “Giménez Ibáñez Antonio Fidel s/ libertad condicional –causa N° 84479–”, fallo 329:2440, 4 de julio de 2006.

¹⁴ CSJN, “Álvarez, Guillermo Antonio y otro s/ robo con armas”, 22 de agosto de 2019, fallo 342:1376.

¹⁵ En el caso “Álvarez vs. Argentina” de la Corte IDH, del 24 de marzo de 2023, dos de los jueces señalaron que la prisión perpetua es contraria a la Convención Americana, por considerar a la persona irredimible, sometiéndola a inseguridad e incertidumbre, le impide un proyecto de vida y la excluye para siempre de la vida en sociedad. Además, que el Estado no tiene un poder ilimitado para penar, y que se trata de una pena cruel, degradante e inhumana, incompatible con el fin resocializador de la prisión que prevé la CADH. La Convención presupone el retorno a la vida libre. Los crímenes más atroces imaginables están previstos en el Estatuto de Roma y prevén la pena máxima de treinta años; por eso, ningún delito común debe tener una pena mayor.

efectuar el planteo de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal cuando prohíba el acceso a la libertad condicional de una persona condenada a prisión perpetua.

Dicho de otro modo, parece afirmarse que el camino para evitar que las personas condenadas a penas perpetuas cumplan penas realmente perpetuas –que ahora sí se consagran inconstitucionales– será removiendo los obstáculos normativos que impidan el acceso al instituto de libertad condicional.

En una sociedad pluralista, la resocialización como fin de la ejecución penal no puede destinarse a obtener un cambio en el individuo, en su personalidad, convicciones o actitud intelectual (Muñoz Conde y García Arán, 2019), sino que debe ser interpretada como una obligación impuesta al Estado –“derecho”, por lo tanto, de las personas privadas de su libertad– de proporcionar al condenado, las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar la libertad.

La historia ha demostrado en reiteradas oportunidades que el simple hecho de aumentar indiscriminada e infundadamente los castigos penales –en lo cuantitativo o cualitativo– poco ha colaborado en la disminución de conflictos sociales judicializados. La deuda del legislador con la sociedad continúa. No se trata de hacer futurología, sino de comprender el fenómeno de la acumulación de condenados para quienes no exista posibilidad de salida.

La contradicción del Código Penal, que en el artículo 13 regula el modo de salir de prisión bajo libertad condicional y en el 14 la desarticula, grafica de manera clara la incoherencia sistemática que merece y debe ser solucionada, indistintamente de las posiciones que se tengan sobre la cuestión.

También es cierto que, cuando estamos ante casos en los cuales el grado de crueldad, la extensión del daño y el nivel de sufrimiento producido a las víctimas atentan de manera violenta contra acuerdos mínimos de convivencia social, su uso parece no causar tanto rechazo. Sin perjuicio de ello, no podemos perder de vista que, en los términos actuales, la prisión perpetua se traduce en un encierro cuyo fin inevitable es la muerte del condenado. La discusión debe necesariamente centrarse en determinar armónicamente el límite de la capacidad de castigo del Estado frente al rechazo de conductas socialmente repulsivas y aberrantes.

A la fecha, ni el imputado ni las víctimas saben con claridad cuánto tiempo significa una condena a prisión perpetua. La sociedad precisa y merece una ley que sea fruto del debate y la construcción del consenso democrático; que solucione sus incoherencias y sea respetuosa del resto del ordenamiento nacional e internacional; que cumpla con el mandato constitucional de legalidad y la consecuente certeza previa a la comisión de los hechos de saber –mínimamente– las consecuencias que puede acarrear la ejecución de conductas prohibidas. Una mala ley no merece ser conservada en el tiempo, debe ser modificada. Un código con normas asistemáticas no puede ni debe ser proyectable hacia el futuro.

REFERENCIAS

- ABOSO, G. E. (2018). *Código Penal de la República Argentina Comentado*. BdeF.
- FRISTER, H. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Hammurabi.
- LÓPEZ, A. y MACHADO, R. (2004). *Análisis del régimen de ejecución penal*. Fabián Di Plácido.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2019). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch.
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A. (2017). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediar.



**EL ESTADO MUNICIPAL EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN
INTEGRAL DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Romina Ruth Minetti

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 11/02/2025

Aprobado: 19/03/2025

EL ESTADO MUNICIPAL EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

THE MUNICIPAL STATE IN THE COMPREHENSIVE PROTECTION SYSTEM FOR THE RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Por Romina Ruth Minetti¹

Universidad Nacional del Oeste, Argentina

Resumen: El Sistema de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes se encuentra resguardado normativamente tanto por la comunidad internacional como por la nacional y provincial. De acuerdo con nuestro sistema federal, en la provincia de Buenos Aires la participación en el mencionado sistema involucra directamente a los Estados municipales a través de la formación de los Servicios Locales de Promoción y Protección, que son los organismos administrativos dependientes del Municipio que tempranamente detectan e intervienen cuando un niño, niña o adolescente tiene sus derechos vulnerados.

Palabras clave: sistema, protección, derechos, niños, niñas y adolescentes

Abstract: The Comprehensive Protection System for the Rights of Children and Adolescents is normatively safeguarded by both the international community and the national and provincial levels. According to our federal system, in the Province of Buenos Aires, participation in the aforementioned system directly involves the Municipal States, through the formation of Local Promotion and Protection Services, which are administrative bodies dependent on the municipality that detect and intervene early when a child or adolescent's rights are violated.

Keywords: system, protection, rights, children and adolescents

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires). Experta en Función Judicial con especializaciones en derecho de familia y derecho civil (Universidad de Morón). Docente adjunta de Derecho Político (Universidad Nacional del Oeste) y jefa de trabajos prácticos (UM). Actualmente se desempeña como defensora oficial civil a cargo de la Unidad Funcional de Defensa en lo Civil, Familia y Laboral Nro. 3 del Departamento Judicial de Moreno-General Rodríguez. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-1031-9696>. Correo electrónico: rrominetti@gmail.com. Los contenidos del presente artículo no representan posición institucional del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, sino la opinión de su autora.

I - INTRODUCCIÓN

En 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la República Argentina en 1990.² A partir de la incorporación al sistema jurídico argentino y la responsabilidad asumida por nuestro país en garantizar a las personas menores de edad la plenitud de ejercicio de sus derechos, en la mayor medida de lo posible, conforme su condición de individuo en especial estado de desarrollo, es que se promovió el denominado Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, a través del dictado de leyes, sus decretos reglamentarios y diversas resoluciones administrativas tanto a nivel nacional como provincial (Videtta, 2015).

La adhesión de nuestro país a la Convención cambió el paradigma de la infancia. Los niños, niñas y adolescentes (NNA) pasaron de ser un objeto, al que la familia o el Estado debían controlar, disciplinar y proteger, de acuerdo con la conocida Ley de Patronato de Menores o Ley Agote,³ a ser sujetos de derechos, a los que deberá serles brindado trato de sujetos con autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos que titularizan (Kermelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, 2018).

La República Argentina asumió entonces la obligación de adecuar su legislación interna a los estándares internacionales en la materia, en el marco de la convencionalidad. Así, a nivel nacional se dictó la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes,⁴ se reformó el Código Civil y Comercial de la Nación,⁵ que involucra al Sistema de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, y cada provincia ha replicado el Sistema con leyes específicas. En el caso de la provincia de Buenos Aires, con la Ley de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños.⁶

El presente trabajo tiene por finalidad visualizar una breve descripción de cómo se encuentra estructurado el Sistema de Protección Integral en la provincia de Buenos Aires, la relación entre la normativa en la materia de acuerdo con nuestro sistema federal, como así también el rol de los Estados municipales a través de los Servicios Locales de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

II - NORMATIVA VIGENTE EN LA MATERIA

El Sistema de Protección Integral se encuentra regulado en diferentes niveles: el primero, por nuestra Constitución nacional (arts. 14 y 75 inc. 22) y los instrumentos interna-

² Ley 23.849, publicada en el Boletín Oficial el 22 de octubre de 1990.

³ Ley 10.903, publicada en el Boletín Oficial el 27 de octubre de 1919.

⁴ Ley 26.061, publicada en el Boletín Oficial el 26 de octubre de 2005.

⁵ Ley 26.994, publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre de 2014.

⁶ Ley 13.298, publicada en el Boletín Oficial el 27 de enero de 2005.

cionales referidos a la materia que tienen su misma jerarquía, tales como la Convención de los Derechos del Niño, la Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las Observaciones Generales efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño,⁷ la Observación General Nro. 17 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, y jurisprudencia destacada; el segundo, por la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes y por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que también introduce en su cuerpo legal las medidas de protección, incorporando significativas modificaciones al instituto legal de la adopción y al procedimiento administrativo y judicial necesario para su concreción. Luego, como mencionamos, cada provincia regula sobre el tema.

La sanción de la Ley de Protección Integral impulsó una transformación normativa e institucional entre 2005 y 2014. Así, en su artículo 38 establece que las medidas excepcionales son las que el órgano administrativo adopta ante alguna situación de vulneración de derechos de gravedad, por lo que se decide separar al niño de su familia con el debido control de legalidad. Todo este procedimiento administrativo-judicial está regulado en la mencionada Ley, y, en concordancia con ella, en la Ley de Promoción y Protección Integral de la provincia de Buenos Aires con su Decreto Reglamentario 300/2005.

Estas leyes no solo reconocen a los NNA como sujetos de múltiples derechos que están por encima de los derechos de los adultos, sino que también obligan al Estado a garantizarlos. Para esto, también obligan a descentralizar los programas y políticas públicas a los fines de alcanzar a cada niño que habite el territorio nacional (Ministerio de Economía, 2019).

III - SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

De acuerdo con las definiciones normativas, el artículo 14 de la Ley 13.298 dice que el Sistema de Protección Integral, también llamado Sistema de Promoción y Protección de Derechos,

es un conjunto de organismos, entidades y servicios que formulan, coordinan, orientan, supervisan, ejecutan y controlan las políticas, las acciones y los programas –en el ámbito provincial y municipal– destinados a promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de los niños, así como establecer los medios a través de los cuales se asegure el efectivo goce de los derechos y las garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado argentino.⁹

⁷ Dentro de ellas se resalta la 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3º, párr. 1º).

⁸ Publicado en el Boletín Oficial el 23 de marzo de 2005.

⁹ En la provincia de Buenos Aires viven 17.370.144 personas, según la estimación de población realizada por el INDEC

Para ello debe crearse una nueva institucionalidad, y es así que se conforma el Sistema de Promoción y Protección, que está integrado por todos los

organismos, entidades y servicios que formulan, coordinan, orientan, supervisan ejecutan y controlan las políticas públicas, programas y acciones, en el ámbito provincial y municipal, destinados a promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de los niños, así como establecer los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos.

Por su parte, la Ley 26.061 crea el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia (art. 45), que tendrá a cargo las funciones de concertar y efectivizar políticas de protección integral de los derechos de los NNA y sus familias; proponer e impulsar reformas legislativas e institucionales destinadas a la concreción de los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño; fomentar espacios de participación activa de los organismos de la sociedad civil de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; gestionar recursos financieros nacionales e internacionales para la efectivización de las políticas públicas de niñez, adolescencia y familia; entre otros (art. 46).

Esto modifica el rol que el Estado cumple respecto de la protección de los derechos de los NNA, ya que se compromete a ser el máximo garante. Además, se obliga a asignar con privilegios los recursos públicos necesarios para garantizar la promoción y la protección de estos derechos. En concordancia, el artículo 72 indica: "El Presupuesto General de la Nación preverá las partidas necesarias para el funcionamiento del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia", lo que reconoce que debe asignar las partidas correspondientes para el funcionamiento del Sistema de Protección y Promoción y supone que las partidas deben ser crecientes año a año.

El Sistema funciona a través de acciones de diferentes sectores desarrolladas mayormente por entes del sector público, y ocasionalmente del sector privado. Dichos entes pueden ser de índole judicial –juzgados de familia, asesorías o defensorías de incapaces, etcétera– o administrativa –Servicio Zonal de Promoción y Protección de los derechos del Niño, Niña o Adolescentes, Servicios Locales, casas de abrigo o programas de acogimiento familiar, etcétera–, y de nivel provincial y municipal que deben implementar políticas y programas destinados a la protección de los NNA.

La interacción de los organismos mencionados debe de ser integral, esto requiere un tipo de política pública que ponga de relieve las relaciones intergubernamentales e intersectoriales para abordar la complejidad de los problemas de carácter social y económico que atraviesan los NNA y sus familias.

para 2019, de las cuales casi 5,2 millones son niñas, niños y adolescentes de hasta 18 años. Representan el 32,2 % de la población total de la provincia y el 38,8 % del total de la población menor de 18 años del país. Es decir, cuatro de cada diez niñas, niños y adolescentes viven en la provincia de Buenos Aires, concentrándose particularmente en los municipios del conurbano, donde habita más del 64 % (Herrera y Villalta, 2020).

El Sistema contempla en sí tres instancias integradas, pero diferenciadas entre sí, que podrían interpretarse de manera piramidal. El Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño los describe de la siguiente manera:

1. En la primera instancia, o base de la pirámide, se encuentra el conjunto de políticas públicas básicas y universales, definidas como necesarias para el pleno desarrollo de los NNA, es decir, la Educación, la Salud, el Ambiente, el Desarrollo Social, la Cultura, la Recreación y la Participación.
2. Como segunda instancia se define al conjunto de políticas específicas que conforman las medidas de protección integral de derechos, dirigidas a restituir los derechos vulnerados, y la reparación de sus consecuencias, ya sea por acción u omisión del Estado, la sociedad civil, la familia, o bien, por la propia conducta del NNA. La protección integral abarca las medidas dirigidas a que un NNA o a su grupo familiar, tales como ayuda económica, la inclusión educativa y/o al sistema de salud, entre otras.
3. La última instancia del Sistema comprende las medidas de protección excepcional, adoptadas por los organismos de protección competentes una vez que se han agotado todas las posibilidades de implementar medidas de protección integral y, por razones vinculadas con el interés superior de la niña o el niño debe separarse temporal o permanentemente de su grupo familiar primario o de convivencia. (UNICEF, 2014)

En la provincia de Buenos Aires, la autoridad de aplicación del Sistema de Protección Integral es el Organismo Provincial de la Niñez y Adolescencia, organismo autárquico dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, creado en 2016. De acuerdo con la normativa vigente, la autoridad de aplicación del Sistema de Protección Integral delega sus funciones a los Municipios y sus respectivos Servicios Locales de Protección de Derechos, que adhieren a la Ley 13.298. Dichos Servicios son unidades operativas, conformadas por distintos tipos de profesionales –abogados, psicólogos, asistentes sociales, etcétera– cuya función específica es facilitar el acceso de los NNA con derechos amenazados y vulnerados a los programas disponibles en su comunidad o municipio y ofrecer soluciones dentro de lo posible que no impliquen la separación de su familia.

A nivel regional, la aplicación de la ley está a cargo de los Servicios Zonales de Promoción y Protección de Derechos, y localmente se crean los Servicios Locales de Promoción y Protección. Si en algún territorio no llegara a estar creado el Servicio Local, actúa directamente en Servicio Zonal. Asimismo, los Servicios Zonales coordinan y supervisan el funcionamiento de los Locales.

En concreto, ante un niño con amenaza o vulneración de sus derechos, la primera in-

intervención estatal se da a través del Sistema de Protección Integral como órgano administrativo local. Esta intervención se efectúa a través de los Servicios Locales, generalmente descentralizados en distintas localidades y gestionados administrativamente por los Estados municipales.

Los Servicios Locales actúan en forma directa en aquellos casos en los que es posible una solución rápida con recursos propios de las áreas locales y municipales de niñez. En caso contrario, deben coordinar con las áreas correspondientes, a fin de asegurar con absoluta prioridad el cumplimiento de los derechos de los NNA, sin discriminación alguna.

En la actualidad, el Sistema de Protección y Promoción de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en la provincia de Buenos Aires está compuesto por veinticuatro Servicios Zonales, dependientes del Organismo Provincial de la Niñez y Adolescencia, y ciento treinta Servicios Locales, dependientes de los Ejecutivos municipales que han adherido a la Ley 13.298 (Ministerio de Economía, 2019).

Los servicios locales deben priorizar, en todo momento, que los niños, niñas y adolescentes permanezcan con su familia de origen. Para ello, pueden acompañar a los progenitores en el proceso de crianza, determinar que el cuidado sea asumido por un familiar cercano –como abuelos, tíos o hermanos mayores– o, en su defecto, por un referente afectivo. Solo como última instancia se podrían aplicar medidas excepcionales que impliquen separar a los NNA de su familia de origen.

En sus intervenciones, los Servicios Locales deben efectuar un Plan Estratégico de Restitución de Derechos y elevarlo al Servicio Zonal, quien avalará o sugerirá modificaciones al plan propuesto en el marco de los principios rectores del Sistema de Protección de Derechos en el lapso de 72 horas (art. 1º del Decreto 177/14).¹⁰

Si algún Servicio Local tomara una medida excepcional, donde los NNA fueran separados de su familia de origen de manera transitoria y por el menor tiempo posible con el objeto de resguardar y restituir sus derechos vulnerados, esta medida deberá ser controlada también judicialmente para garantizar el cumplimiento de los plazos y las características del debido proceso. La articulación con los organismos jurisdiccionales, los juzgados de familia, asesorías, defensorías, juzgados de paz y fiscalías, entre otros, es fundamental para la restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

IV - EL ROL DEL ESTADO MUNICIPAL EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN

El artículo 18 de la Ley 13.298 establece que “en cada municipio la Autoridad de Aplicación debe establecer órganos desconcentrados denominados Servicios Locales de Protección de Derechos”, que “serán unidades técnico operativas con una o más sedes,

¹⁰ Decreto Reglamentario 177/2017 que Aprueba las modificaciones al Decreto 300/05, Reglamentario de la Ley 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños. Publicado en el Boletín Oficial el 16 de abril de 2014.

desempeñando las funciones de facilitar que el niño que tenga amenazados o violados sus derechos, pueda acceder a los programas y planes disponibles en su comunidad." Agrega también:

les corresponderá a estos servicios buscar la alternativa que evite la separación del niño de su familia o de las personas encargadas de su cuidado personal, aportando directamente las soluciones apropiadas para superar la situación que amenaza con provocar la separación.

Luego, establece que los Servicios Locales ejecutarán los "programas, planes, servicios y toda otra acción que tienda a prevenir, asistir, proteger, y/o restablecer los derechos del niño", recibirán denuncias e intervendrán de oficio "ante el conocimiento de la posible existencia de violación o amenaza en el ejercicio de los derechos del niño", como así también propiciarán y ejecutarán "alternativas tendientes a evitar la separación del niño de su familia y/o guardadores y/o de quien tenga a su cargo su cuidado o atención, teniendo como mira el interés superior del niño" (art. 19), entendido como su "máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad" (art. 4º).

Entonces, los organismos municipales intervienen generalmente en la primera faceta de la problemática, es decir, cuando un niño tiene vulnerados sus derechos. Pueden adoptar una medida de protección de derechos, la que se justifica cuando se produce, en perjuicio de uno o varios niños, la amenaza o violación de sus derechos o garantías, con el objeto de preservarlos o restituirlos (art. 33), y consiste en, por ejemplo, dar apoyo familiar, orientación parental, seguimiento educativo, asistencia económica, provisión de alimentos o vestimenta, provisión de elementos que permitan el acondicionamiento de la vivienda, seguimiento del plan de vacunación obligatorio (art. 35). También se encuentran facultados, ante situaciones más extremas, a adoptar una medida excepcional de protección de derechos, que tendrá como objeto brindar al niño "un ámbito alternativo al grupo de convivencia cuando en este se encuentren amenazados o vulnerados sus derechos, hasta tanto se evalúe la implementación de otras medidas tendientes a preservarlos o restituirlos" (art. 35 bis).

Es importante en este punto destacar que muchas veces los Servicios Locales pueden no estar representados por la misma ideología política de la Administración provincial de turno; pueden también variar temporalmente sus integrantes e incluso trabajar de manera distinta de acuerdo con la organización interna que tengan, como así también no contar con todos los recursos necesarios para elaborar sus estrategias.

El 30 % de los municipios, reconoce no ejecutar programas propios destinados a la atención de NNYA, lo cual evidencia una... alta dependencia de los recursos provenientes del gobierno nacional y provincial para atender la demanda de este sector de la población (SNyA - UNICEF - Pharos, 2015, p. 20). (Moro, 2018)

Por ejemplo, en la mayoría de los casos, a nivel local no cuentan con hogares donde alojar a los NNA, dependiendo para esto directamente del organismo provincial.

Muchas de las intervenciones que efectúa el Servicio Local deben ser comunicadas al Poder Judicial local. Esto se da cuando se toma una medida excepcional. Según el artículo 607 inciso c del Código Civil y Comercial, una vez transcurrido el plazo máximo de separación del niño establecido por la Ley nacional 26.061 y la Ley provincial 13.298, que es de 90 días prorrogables una vez más hasta 180 días, si no se logra revertir la situación de vulnerabilidad que justificó la separación del niño de su grupo familiar primario, el organismo administrativo de protección de derechos debe dictaminar sobre la situación de aquel. Esto implica comunicar el restablecimiento de sus derechos, o bien solicitar la guarda con un familiar o referente afectivo, o, como última instancia, requerir que se declare al niño en situación de desamparo y su posterior estado de adoptabilidad. Este dictamen o informe debe ser enviado o comunicado dentro de las veinticuatro horas al juez que se encuentre controlando la legalidad de la medida, para que decrete –o no– lo solicitado por el Servicio interviniente.

Como vimos, las medidas excepcionales de protección de derechos tienen plazos dispuestos por la ley, por lo que vencidos los mismos se hace necesario definir la situación del niño involucrado. Este proceso requiere la intervención, con carácter de parte, del mismo niño –si tiene edad y grado de madurez suficientes–, quien comparece con asistencia letrada (art. 26 del Código Civil y Comercial); de los padres u otros representantes legales del niño; del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial y del Ministerio Público. El juez también puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos (Méndez, 2016).

En definitiva, todo indica que el juez podrá tener en cuenta, al decretar la legalidad de una medida de protección de derechos, los informes realizados por los Servicios de Promoción y Protección de Derechos, los realizados por el equipo técnico del juzgado –si existen–, la opinión del niño, y la defensa que en su caso hicieren los progenitores u otros familiares o referentes afectivos.

Durante este proceso deberá priorizarse el interés superior del niño, garantizar que sea escuchado (art. 3º.b de la Ley 26.061; art. 4º.a de la Ley 13.298; art. 3º de la Ley 13.634; art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 72 inc. 22 de la Constitución nacional; art. 11 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires), como así también velar por que permanezca dentro de su ámbito familiar, para garantizarle el derecho a vivir en fa-

milia (cf. arts. 1º, 31, 33, 75 inc. 22 y conchs. de la Constitución nacional; 1º, 11, 15 y conchs. de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; arts. 1º, 3º, 8º, 9º, 18, 21 y conchs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 595.a, 608, 706.c y conchs. del Código Civil y Comercial; art. 10º de la Ley 14.528),¹¹ salvo que esto fuera contraproducente.

Este mayor protagonismo de los organismos administrativos, primariamente municipales y luego provinciales, en la protección de derechos implica una mayor responsabilidad al momento de definir en un tiempo preciso si la medida excepcional permite restituir el derecho del niño a criarse y desarrollarse en una familia, la de origen o, en el caso de que la situación sea irreversible, a través de una familia adoptiva (UNICEF, 2014).

Debido a su cercanía con las comunidades locales, como así también a su capacidad y autonomía para gestionar políticas públicas, es que el Municipio gestiona los Servicios Locales, por lo general ubicados estratégicamente dentro de su jurisdicción –comúnmente diseminados en distintos barrios o localidades–. Su intervención en el Sistema de Protección es fundamental y debe efectuarla interactuando adecuadamente con el sistema de administración de justicia y resguardando el cumplimiento de la normativa federal involucrada. Muchas situaciones en las que se encuentran en juego los derechos de un niño pueden ser resueltas con la intervención del Municipio a través del Servicio Local.

V - CONSIDERACIONES FINALES

La niñez es una etapa crucial en el desarrollo humano, ya que durante este período se lleva a cabo un proceso de construcción de habilidades y capacidades que influye significativamente en las etapas posteriores de la vida. De allí resulta la importancia de protegerla.

El Sistema de Protección y Promoción de los Derechos de los Niños se encuentra regulado por una vasta normativa, tanto a nivel internacional como nacional y provincial, en correspondencia con nuestro sistema federal. Podemos visualizar en él la armonía de los distintos principios que lo rigen.

El Sistema implica un abordaje en conjunto de las distintas competencias involucradas a fin de evitar la vulneración de los derechos de un niño o bien, en el caso de que se encuentren ya vulnerados, de tomar medidas para restablecerlos. Por ello es importante que, más allá de la Administración o el signo político del que dependa, cada uno de sus integrantes –locales, zonales, provinciales– trabaje con miras a resguardar el interés superior del niño involucrado, compromiso asumido por el Estado argentino.

¹¹ Establece el Procedimiento de Adopción en la Provincia de Buenos Aires. Publicada en el Boletín Oficial el 30 de agosto de 2013.

Debe haber un compromiso institucional para que a nivel provincial y nacional se acompañe con el presupuesto.

Resulta oportuno mencionar el fallo "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ EN-M Hacienda y Otros/ Amparo Ley 16.986", dictado a instancias de un amparo colectivo vinculado a la prioridad absoluta e intangibilidad de los fondos públicos destinados a las infancias, adolescencias y familias en el presupuesto nacional. La sentencia admitió la pretensión de otorgar carácter colectivo al proceso iniciado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, y su consecuente inscripción en el Registro Público de Acciones Colectivas, en relación con los derechos de niños de entre 45 días y 4 años que se encontraban en situación de vulnerabilidad por no haber tenido acceso a políticas de cuidado de sus derechos nutricionales, de salud y estimulación (Herrera y Villalta, 2020, pp. 102-103).¹² Como dijimos, el presupuesto general de la nación debe prever las partidas correspondientes para el funcionamiento del Sistema de Protección y Promoción de los Derechos de los Niños, y esas partidas deben ser crecientes año a año. No puede variar la atención de un niño en la primera fase de acuerdo con los recursos que brinde el Ejecutivo de turno, ya que todos los organismos políticos deben asumir el compromiso de resguardar las infancias. Esto podría reflejarse, por ejemplo, en dar mayor estabilidad a los integrantes de los Servicios Locales, mejorar sus salarios, como así también acompañar con mayores recursos económicos.

Para efectuar un abordaje integral de la problemática en la que se encuentra cada niño, necesitamos que todas las acciones, de cada uno de los sujetos intervinientes, sean siempre realizadas coordinadamente y pensando en su protección. Esto involucra no solo a los organismos administrativos, sino también al judicial, en su interrelación con los mismos. Trabajar de manera articulada en estos casos implica un gran desafío: revisar las prácticas para garantizar de forma integral todos los derechos de los NNA. Ello es indispensable en una sociedad democrática que debe velar por la efectiva realización de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

A raíz de los principios básicos y fundamentales plasmados en dicha normativa, queda claro que ninguna decisión que incluya niños, niñas o adolescentes puede pasar por alto la escucha de los mismos a través del contacto personal, así como su interés superior en el caso concreto.

El Estado municipal, a través de sus Servicios Locales, es un factor fundamental en el Sistema de Protección y Promoción de los Derechos de los Niños, ya que su cercanía con la comunidad permite adoptar medidas para la protección de los mismos. La importancia de su intervención está dada porque puede abarcar desde un acompañamiento

¹² Juzgado Contencioso Administrativo Federal Nro. 10, "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ EN- M Hacienda y Otros /Amparo Ley 16.986", 7 de febrero de 2019.

familiar hasta la petición de que un niño sea decretado en estado de desamparo y posterior estado de adoptabilidad, lo que significa poner fin al trabajo con la familia de origen o ampliada e insertar al niño mediante el instituto de la adopción en una nueva familia que procure el respeto y efectivo goce de todos sus derechos. La importancia de su intervención es crucial, ya que, si elabora incorrectamente las estrategias a seguir con un niño cuyos derechos están vulnerados o carece de las herramientas para hacerlo, todas las intervenciones futuras podrían resultar infructuosas y, en muchos casos, difíciles o imposibles de corregir.

Las intervenciones que efectúen los Servicios Locales muchas veces implicarán un cambio radical en la vida de un niño, y de allí su importancia. Son esenciales para garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos de los NNA en cada comunidad y ello se debe a su proximidad territorial, ya que gozan de un acceso rápido y directo a la atención que necesitan.

Entiendo que el Estado municipal, a través de sus Servicios Locales, es una pieza clave en el Sistema de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños. Su labor permite prevenir vulneraciones y dar respuestas rápidas a las problemáticas, como así también promover un entorno seguro y protector de las infancias en cada comunidad. Por ello, deberá permitírsele el acceso y la ejecución de cualquier estrategia que considere conveniente a los fines de la protección de la niñez, sin mezquindades partidarias.

REFERENCIAS

- HERRERA, M. y VILLALTA, C. (dirs.) (2020). *El sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: la experiencia en el departamento judicial de Azul*. Del Azul.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LLOVERAS, N. (2018). *Tratado de Derecho de Familia*. T. III. Rubinzal-Culzoni.
- MÉNDEZ, R. (2016). El Procedimiento de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Jurisprudencia Argentina 2016 - III, fascículo 8*. Abeledo-Perrot.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA. SUBSECRETARÍA DE POLÍTICA Y COORDINACIÓN ECONÓMICA DIRECCIÓN PROVINCIAL DE ESTUDIOS ECONÓMICOS. DIRECCIÓN DE ANÁLISIS DE GASTO PÚBLICO. CON EL APOYO DE UNICEF (2019). *Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños en la provincia de Buenos Aires. Metodología para su costeo*. <https://www.unicef.org/argentina/media/7151/file/Promoci%C3%B3n%20y%20Protecci%C3%B3n%20Integral%20Derechos%20Ni%C3%B1os.pdf>.
- MORO, J. (2018). Diez años del sistema de promoción y protección de los derechos de la niñez y la adolescencia: un balance desde el Conurbano Bonaerense. *Revista Pers-*

pectivas de Políticas Públicas, 8 (15).

UNICEF (2014). *Situación de Niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento Nacional y Propuestas para la Promoción y el Fortalecimiento del Derecho a la Convivencia Familiar y Comunitaria*. Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

VIDETTA, C. (2015). El proceso de adopción y su interacción con el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. En A. Kemelmajer de Carlucci y M. Herrera. (dirs.). *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental*. LA LEY 2015-C: AR/DOC/1302/2015.

DERECHO COMPARADO



**EL FUTURO DE LA REGULACIÓN SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS:
PERSPECTIVAS DESDE AMÉRICA LATINA**

José Julián Tole Martínez

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 03/ nro. 4 - Junio 2025

Recibido: 11/02/2025

Aprobado: 07/03/2025

EL FUTURO DE LA REGULACIÓN SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: PERSPECTIVAS DESDE AMÉRICA LATINA

THE FUTURE OF REGULATION ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: PERSPECTIVES FROM LATIN AMERICA

Por José Julián Tole Martínez¹

Universidad Externado de Colombia

Resumen: En el presente trabajo analizaremos la relación entre las empresas y los derechos humanos, cómo las primeras afectan a los segundos, la normativa y los proyectos de normativa existentes que pretenden regular este vínculo y los desafíos venideros en esta temática.

Palabras clave: derecho internacional público, derecho ambiental, pueblos indígenas, derecho interamericano, derecho universal

Abstract: In this paper, we will analyze the relationship between businesses and human rights, how the former impacts the latter, the existing regulations and proposed legislative projects aimed at regulating this connection, and the upcoming challenges in this area.

Keywords: public international law, environmental law, indigenous peoples, inter-american law, universal law

¹ Director del Observatorio Latinoamericano de Derechos Humanos y Empresas (Universidad Externado de Colombia), Doctor y máster en Derecho y relaciones internacionales económicas (Universidad de Barcelona). Abogado y máster en Derecho Público (Universidad Externado de Colombia). Docente e investigador en derechos humanos (Universidad Externado de Colombia). Profesor invitado (Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad de Valencia, entre otras). Vicepresidente del Advisory Group de Alliance for Integrity Colombia. Fue miembro de la Secretaría Técnica de Política de Derechos Humanos del Ministerio de Minas y Energía de Colombia, y de la mesa de trabajo del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos de Colombia. Consultor internacional del proyecto MinSus de la GIZ; del Proyecto Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe (CERALC); entre otras agencias de cooperación internacional. Asesor de entidades estatales, como la Defensoría del Pueblo de Colombia, el Ministerio de Cultura y el de Minas y Energía de Colombia. Autor de diversos libros y artículos especializados en derechos humanos y empresas, derechos de comunidades indígenas y conflicto armado y actividades empresariales. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1951-7742>. Correo electrónico: jose.tole@uexternado.edu.co.

I - INTRODUCCIÓN

El primer camino trazado por la agenda internacional –en concreto, por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas– para establecer un marco de referencia sobre la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos se dio en 2011, cuando se aprobaron los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos” mediante la Resolución 17/4 (ONU, 2011). Estos principios, aunque no son vinculantes, hoy representan el punto de partida de la regulación internacional, ya que son considerados por la mayoría de los Estados como una “norma de conducta a nivel mundial que se espera de todas las empresas y de todos los Estados en relación con las empresas y los derechos humanos” (ONU, 2012, p. 1). Es más, para el profesor Ruggie (2013), representan el punto de partida o una base común en donde se reconocen obligaciones y responsabilidades diferenciadas, necesitando continuar construyendo un andamiaje jurídico a nivel internacional. En este sentido, en su informe de 2021, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales señala que:

Los Principios Rectores aclaran que una empresa puede estar relacionada con los daños a los derechos humanos de tres maneras fundamentales: puede provocar o contribuir a los abusos de los derechos humanos a través de sus propias actividades, o puede guardar relación directa con dichos abusos a través de sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales. (ONU, 2021, p. 3)

Para los Estados latinoamericanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado los Principios Rectores en casos como “Buzos Miskitos”² y “Vera Rojas”³, los cuales han permitido, según Herencia-Carrasco y Gillespie (2022), evidenciar el deber de los Estados de garantizar que las empresas privadas cumplan con los derechos humanos y las normas ambientales, además de vincular los Principios con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin olvidar el caso “Pueblos Kaliña y Lokono”⁴, donde la Corte IDH los tuvo en cuenta para señalar los deberes de debida diligencia de las empresas frente a los derechos humanos en general y, en particular, frente a los derechos de los pueblos indígenas, que incluye el derecho a la consulta previa.

² Corte IDH, “Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras”, 31 de agosto de 2021. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_72_2021.pdf.

³ Corte IDH, “Vera Rojas y otros Vs. Chile”, 1º de octubre de 2021. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf.

⁴ Corte IDH, “Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam”, 25 de noviembre de 2015. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf.

En un caso colombiano, la Corte Constitucional de ese país considera que los Principios Rectores son parámetros "o referentes razonables para valorar la actuación de las empresas en relación con el deber de desarrollar la consulta previa"⁵, es decir, son un *criterio hermenéutico relevante*, un parámetro de interpretación para determinar el alcance de obligaciones de protección, de garantía de los derechos humanos, incluso cuando existe una colisión entre las libertades económicas de las empresas y los derechos humanos.

Ahora bien, otros Estados y organizaciones de la sociedad civil han considerado que los Principios Rectores ni siquiera son suficientes para garantizar la rendición de cuentas de las empresas, especialmente en casos de violaciones graves, ya que muchos Estados de economías en desarrollo o menos desarrollados carecen de recursos técnicos, financieros o políticos para fiscalizar empresas o aplicar los marcos regulatorios que implementan los Principios Rectores. Las iniciativas nacionales, como las leyes de diligencia debida en Francia o Alemania, varían en alcance, generando confusión para empresas globales. Predomina un enfoque en los riesgos, no en los derechos; por ejemplo, la debida diligencia a menudo se reduce a un ejercicio de cumplimiento de etapas para prevenir o mitigar los riesgos, sin abordar causas estructurales de violaciones a los derechos humanos. Las empresas tienen dificultades para monitorear a proveedores en múltiples países, esto es, una inoperancia de los Principios Rectores en las cadenas globales de valor, pocas respuestas para temas emergentes como el uso de inteligencia artificial, vigilancia masiva o impacto climático, entre otras (Bilchitz, 2013; López Hurtado, 2016; Tolle Martínez, Losada Chavarro y Lancheros Sánchez, 2022).

Por otro lado, se encuentra una de las negociaciones más relevantes en la agenda internacional: el Tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas. Este proceso ha buscado desde su origen establecer obligaciones de prevención y reparación de violaciones de derechos relacionadas especialmente con contextos transnacionales. De ahí que, en 2014, el Consejo de Derechos Humanos aprobara la Resolución 26/9,⁶ que estableció el Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de "elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas" comerciales en relación con los derechos humanos. Dicha Resolución, además, fue impulsada y liderada principalmente por países del sur global, como Ecuador y Sudáfrica, países del grupo africano, y otras naciones latinoamericanas, como Bolivia, Cuba y Vene-

⁵Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-123 de 2018. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/su123-18.htm#_ftnref150.

⁶Disponible en: <https://docs.un.org/es/A/HRC/res/26/9>.

zuela, quienes han respaldado activamente el proceso, con el apoyo de organizaciones de la sociedad civil, que han insistido en que el instrumento debe centrarse en las empresas transnacionales, dada su influencia en conflictos socioambientales y laborales en sus territorios (Zubizarreta, Ramiro y González Briz, 2017).

El proceso de negociación inició formalmente en 2015. El Grupo de Trabajo Intergubernamental ha celebrado hasta el momento diez sesiones anuales en Ginebra para avanzar en la redacción del tratado.⁷ En 2018 se presentó el primer borrador, denominado "Borrador cero", que generó discusiones enfrentadas, pues inicialmente se incluían disposiciones sobre la responsabilidad legal de las empresas, el acceso a la justicia de las víctimas y la obligación de los Estados de regular las actividades empresariales. En 2019 y 2020 se publicaron versiones revisadas del borrador, incorporando comentarios y propuestas de los Estados y otras partes interesadas.

26° período de sesiones

(Junio) Consejo de DD.HH. aprueba la Res. 26/09: Crea un Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta (GTI) para elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular a las empresas en el derecho internacional de los DD.HH.

6° Sesión GTI

(Octubre) "Segundo Borrador revisado".

(Julio) "Borrador actualizado" (recopilación de resultados de las consultas entre sesiones de los amigos de la Presidencia).



Fuente: elaboración propia.

Estas versiones han intentado tener en cuenta las preocupaciones de los diferentes actores, aunque persisten desacuerdos significativos en temas claves como:

- *Ámbito de aplicación del tratado:* el debate más reiterado en las sesiones de negociación fue acerca de si el tratado debía aplicarse solo a las empresas transnacionales o también a las nacionales (Deva, 2018).
- *Responsabilidad de las empresas:* otra discusión importante de las sesiones de ne-

⁷ Como señala el profesor Cantú Rivera (2016), "la resolución de la propuesta liderada por Ecuador y Sudáfrica indicó que las dos primeras sesiones del Grupo de Trabajo intergubernamental serían dedicadas a deliberaciones constructivas sobre las perspectivas y áreas que deben cubrirse por el futuro instrumento, y que a partir de la tercera sesión se comenzaría a discutir el proyecto de instrumento propuesto por el presidente-relator del Grupo de Trabajo intergubernamental, que deberá recoger los insumos de las deliberaciones sostenidas durante las primeras dos sesiones" (p. 433).

gociación fue cómo establecer mecanismos efectivos para responsabilizar a las empresas por violaciones de derechos humanos, incluyendo la jurisdicción extraterritorial.⁸

- *Acceso a la justicia de las víctimas*: donde se presenta mayor avance en las sesiones de negociaciones es en las garantías para que las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de empresas tengan acceso a remedios efectivos, incluyendo la reparación de grupos de personas y comunidades.⁹

- *Debida diligencia en derechos humanos*: otro tema propuesto en las sesiones de negociación fue incluir obligaciones de debida diligencia en materia de derechos humanos para las empresas, lo que implicaría evaluar y mitigar los impactos negativos de sus operaciones.

Gran parte de las sesiones de negociación han contado con la participación de los Estados miembros, organizaciones internacionales, representantes de la sociedad civil y, en menor medida, del sector empresarial. El proceso ha sido complejo y polarizado, con divergencias entre los Estados sobre las definiciones, el alcance y la naturaleza del tratado (Iglesias Márquez, 2019). Algunos países, como los miembros de la Unión Europea y Estados Unidos, han expresado reservas sobre la necesidad de un tratado vinculante, mientras que otros, como los países del grupo africano y América Latina, han sido más proactivos en su apoyo. Pese a que el proceso de negociación continúa, no parece que en los próximos años se vaya a avanzar hacia un texto final, ya que el éxito del tratado depende de la voluntad política de los Estados y de la capacidad para alcanzar consensos sobre los temas más controvertidos.

Otra discusión norte-sur no menor durante mucho tiempo fue si los Principios Rectores de carácter voluntario y el Tratado vinculante con obligaciones internacionales eran complementarios o contradictorios. Al parecer esta discusión pierde cada vez más interés, para generar un consenso sobre una lectura que el profesor Ruggie (2013) denomina una "mezcla inteligente de medidas" –*smart mix of measures*–, y que el profesor Deva (2012, p. 193) llama la "teoría integrada de regulación" –*integrated theory of regulation*–.

II - "COMBINACIÓN INTELIGENTE DE MEDIDAS" PARA PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES

El punto de partida para responder a esta pregunta debe ser superar la *perspectiva binaria/opuestos* en la implementación de cualquier medida de la caja de herramientas,

⁸ Según el profesor Méndez López (2020), nos encontramos ante "un nuevo análisis sobre la responsabilidad en materia de derecho internacional de los derechos humanos, lo que obligó a replantear la exclusividad de los agentes estatales como sujetos de responsabilidad internacional, e ingresó un esquema de corresponsabilidad entre el Estado y los particulares, el primero por omisión y el segundo por acción, introduciendo así el llamado efecto horizontal de los derechos humanos, en sustitución de la tradicional verticalidad de estos" (pp. 11-12).

⁹ Los profesores Lyon-Caen y Sachs (2016) justifican esta protección a las víctimas al señalar que nos enfrentamos a la clara demostración de los fallos de un sistema que facilita la acumulación de poder sin exigir responsabilidades. Es

bien sean Principios Rectores o Tratado vinculante, es decir, se deben repensar tres aspectos:

- *Cómo regular las medidas de la relación entre empresas y derechos humanos.* Hay que superar la vieja idea de que se debe elegir entre las obligaciones jurídicas y estándares voluntarios o la autorregulación de las empresas, que supone elegir entre un tratado internacional o leyes nacionales, o guías y códigos de buenas prácticas. Y superar que existen dos orillas entre la formulación de la planeación pública y la gestión de la relación entre las actividades empresariales y los derechos humanos, en otras palabras, elegir entre políticas públicas o planes nacionales de acción y estrategias de gobierno corporativo (Tole Martínez, 2020).

- *Cuál es la finalidad de las medidas que regulan la relación entre empresas y derechos humanos.* Al parecer no se supera una larga tradición jurídica en la que existe una colisión entre las medidas que protegen el ánimo de lucro, las libertades económicas de las empresas y el desarrollo económico y aquellas que responden a la dignidad humana, protegen el medioambiente y los derechos de la población vulnerable. Sin embargo, en el marco de un régimen de estado social de derecho ya está superada la idea de que la empresa y en general, la iniciativa privada, tienen derechos o libertades absolutas; por el contrario, se limitan razonable y proporcionalmente con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos o de proteger y garantizar la realización de los derechos humanos, entre otros.

- *Quiénes son los sujetos obligados por estas medidas que regulan la relación entre empresas y derechos humanos.* Evidentemente, los Estados son los primeros; luego, cada uno obliga a las empresas que operan en su territorio. Empero, el verdadero desafío se encuentra en cómo obligar a las empresas que tienen actividades transnacionales y sus cadenas de valor, que se complejiza con las empresas globales que operan en el comercio electrónico o en economías digitales.

Bajo este escenario, una propuesta para realizar una "combinación inteligente de medidas" es construirlas desde un diálogo entre múltiples partes interesadas que permita alcanzar unos mínimos de entendimiento común. Dicho de otra manera, abordar desde una perspectiva holísticas la implementación de los Principios Rectores y el Tratado vinculante, donde se complementen o resignifiquen con:

- *Construir las medias de abajo hacia arriba,* que partan de los territorios o lugares donde operan las empresas, principalmente desde sus cadenas de valor, para que sean transparentes e inclusivas. En otras palabras, el diseño de cualquier medida, sea en el marco de los Principios Rectores o del Tratado vinculante, debe invertir su origen, pasar de los titulares de derechos humanos al Estado y a las empresas, partiendo de las pymes y cadenas de suministro de las grandes empresas nacionales y transnacionales.

un sistema que no solo permite, sino que incluso incentiva que quienes tienen el control de las ETN eviten cualquier obligación hacia las personas y entidades que están bajo su significativa influencia. Véase también: Guamán (2018).

- *Evitar la proliferación y fragmentación de las medidas*, pues la protección, el respeto y la reparación de los derechos humanos no se logra por el número de medidas existentes; esto es, más normas voluntarias u obligatorias no garantizan los derechos. Antes de crear una medida deben existir condiciones materiales que permitan garantizar el goce efectivo de los derechos humanos.

- *Prevalecer el enfoque pro derechos humanos en las medidas*, debe realizarse desde perspectivas de inclusión, equidad, diversidad, etcétera, donde la narrativa o el lenguaje de los derechos humanos se integre sistemáticamente sin importar la naturaleza voluntaria u obligatoria, pues, de lo contrario, estas medidas pueden ser una barrera de exclusión de personas o grupos vulnerables, o de pymes o microempresas, especialmente, de países del sur global.

- *Reconocer que las medidas de protección y de respeto son insuficientes sin las medidas de reparación*. Por ello, es necesario partir de combinar de manera efectiva los procesos de acceso a la justicia del Estado –desde procedimientos judiciales hasta mecanismos alternativos de solución de conflictos– y de las empresas –con mecanismos de PQRSD hasta canales de reclamación específicos para derechos humanos– que integren un enfoque de reparación integral pensada desde la diversidad, el diálogo multicultural, la interseccionalidad, etcétera (Tole Martínez, 2024).

- *Evitar que las medidas para el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas se limiten exclusivamente a la debida diligencia*. El primer paso es entender que la debida diligencia en derechos humanos no se limita a un mero proceso preventivo o una auditoría de riesgos para las empresas, ni mucho menos a una herramienta unívoca. Hoy se encuentran formas dinámicas, como: debida diligencia obligatoria –mandato legal–;¹⁰ debida diligencia como parámetro de interpretación para juez interamericano y juez constitucional, en especial, para resolver los conflictos entre las libertades de la empresa y la afectación directa de derechos de pueblos indígenas;¹¹ y debida diligencia intensificada o reforzada en contextos afectados por conflictos armado.¹²

¹⁰ Peticiones, quejas, reclamos, sugerencias y denuncias. Son herramientas utilizadas por empresas e instituciones para gestionar solicitudes y reclamaciones de ciudadanos.

¹¹ En 2017, Francia fue el primer país en aprobar una legislación integral de diligencia debida, la Ley sobre el deber de vigilancia. Le siguieron Suiza, Noruega y Alemania. Por otro lado, desde 2015 existe una legislación de diligencia debida centrada en la esclavitud moderna, el trabajo forzado y el trabajo infantil –por ejemplo, en el Reino Unido (2015) y Australia (2018)–, que hace responsables a las empresas por la esclavitud en toda su cadena de suministro. La Ley para la Facilitación del Comercio y Aplicación del Comercio de Estados Unidos (2015) tiene como objetivo evitar que entren en el país bienes fabricados con trabajo forzoso, junto con la Ley de Prevención del Trabajo Forzoso Uigur, que entró en vigor en junio de 2022.

¹² Véanse los fallos de la Corte IDH y de la Corte Constitucional de Colombia citados.

¹³ Así, por ejemplo, existe el artículo 1.502 de la Ley Dodd Frank de Estados Unidos (2010), que ordena a las empresas que implementen la diligencia debida conocer e informar de la presencia de minerales de guerra en sus productos. En China se publicaron las Directrices de diligencia debida para las cadenas de suministro de minerales responsables (2015). En la Unión Europea se aprobó el Reglamento de abastecimiento responsable de minerales de la UE, en vigor desde 2017.

III - A MODO DE CONCLUSIÓN

Una combinación inteligente de medidas en el marco de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos y el Tratado vinculante supone repensar paradigmas jurídicos y económicos que sitúan las libertades económicas y el ánimo de lucro de las empresas como absolutos. Hoy tienen límites. El primero es respetar los derechos humanos, los cuales tienen una *eficiencia jurídica horizontal*, lo que significa que no existe ninguna persona, empresa o Estado que sea irresponsable respecto de su violación. De ahí que el verdadero reto sea *integrar* en las empresas medidas de respeto a los derechos humanos que sean transversales a cualquier decisión empresarial, desde sus políticas de gobierno corporativo hasta las relaciones comerciales de su cadena de suministro.

Para los titulares de los derechos humanos no resultan suficientes buenas o muchas medidas, lo inteligente es implementarlas en la realidad de sus territorios y en la cotidianidad de sus vidas. Ante tal reto se requiere como mínimo voluntad política y compromiso corporativo, capacidad financiera y mecanismos de responsabilidad, que respondan a los contextos de las personas, las comunidades y el medioambiente, sin olvidar los contextos de las operaciones empresariales, donde existe debilidad o falta de presencia institucional, condiciones de vulnerabilidad e interseccionalidad de las personas, conflicto armado, violencia y economías ilegales, etcétera.

REFERENCIAS

- BILCHITZ, D. (2013). A Chasm Between "is" and "Ought"? A Critique of the Normative Foundations of the SRSG's Framework and the Guiding Principles. En S. Deva y D. Bilchitz (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Cambridge University Press.
- CANTÚ RIVERA, H. (2016). ¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(16).
- DEVA, S. (2012). *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*. Routledge.
- DEVA, S. (2018). The Zero Draft of the Proposed Business and Human Rights Treaty, Part II: On the right track, but not ready yet. *Business & Human Rights Resource Centre*. <https://www.business-humanrights.org/en/the-zero-draft-of-the-proposed-business-and-human-rights-treaty-part-ii-on-the-right-track-but-not-ready-yet>.
- GUAMÁN, A. (2018). Empresas transnacionales y derechos humanos: acerca de la nece-

- sidad y la posibilidad de la adopción de un Instrumento Jurídicamente Vinculante (Binding Treaty). *Jueces para la democracia*, 92.
- HERENCIA-CARRASCO, S. y GILLESPIE, K. (28 de enero de 2020). El régimen de empresas y derechos humanos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Análisis del 2021 y perspectivas para el 2022. *Agenda Estado de Derecho*. <https://agendadoderecho.com/el-regimen-de-empresas-y-derechos-humanos-en-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>.
- IGLESIAS MÁRQUEZ, D. (2019). Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades. *Deusto Journal of Human Rights*, 4.
- LÓPEZ-HURTADO, C. (2016). Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: reflexiones críticas sobre su puesta en práctica y perspectivas. *Homa Publica - Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas*, 1(1). <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30421>.
- LYON-CAEN, A. y SACHS, T. (2016). The Responsibility of Multinational Enterprise. A constitutionalization process. En J. P. Robé, A. Lyon-Caen y S. Vernac (Edits.), *Multinationals and the constitutionalization of the World Power System*. Routledge.
- MÉNDEZ LÓPEZ, A. (2020). La empresa frente al derecho internacional: hacia un tratado vinculante sobre derechos humanos y empresas. *Empresa, Construcción de Paz y Sostenibilidad (Agenda 2030): desafíos desde la óptica del derecho*. <https://doi.org/10.21892/9789585547537.1>.
- NACIONES UNIDAS. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. REPRESENTANTE ESPECIAL DEL SECRETARIO GENERAL PARA LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS [ONU] (2021). *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-02/Formatted-version-of-the-guidance-SP.pdf>.
- NACIONES UNIDAS. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS (ONU) (2011). *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de la ONU para proteger, respetar y remediar*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.
- NACIONES UNIDAS. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS (ONU) (2012). *La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos. Guía para la Interpretación*. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf.
- RUGGIE, J. G. (2013). *Just business: Multinational corporations and human rights (Norton global ethics series)*. W. W. Norton & Company.
- TOLE MARTÍNEZ, J. (2020). *Desafíos para la regulación de los derechos humanos y las*

empresas: ¿cómo lograr proteger, respetar y remediar? Universidad Externado de Colombia.

TOLE MARTÍNEZ, J. (2024) *Hoja de ruta para impulsar la efectividad de los mecanismos operacionales de reclamación de las empresas mineras de los países andinos para el acceso a reparación*. Programa "Cooperación Regional para la gestión sustentable de los Recursos Mineros en los países andinos - MinSus". Ministerio Federal de Cooperación Económica de Alemania - BGR - GIZ. <https://minsus.net/Media-Publicaciones/hoja-de-ruta-para-impulsar-la-efectividad-de-los-mecanismos-operacionales-de-reclamacion-de-las-empresas-mineras-de-los-paises-andinos-para-el-acceso-a-reparacion/>.

TOLE MARTÍNEZ, J., LOSADA CHAVARRO, M. y LANCHEROS SÁNCHEZ, P. (2022). Challenges of United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights in Technological Contexts: A View from the Evolution of Human Rights. *Opinión Jurídica*, 21(46). http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302022000300008&script=sci_arttext.

ZUBIZARRETA, J. H., RAMIRO, P. y GONZÁLEZ BRIZ, E. (2017). Las Naciones Unidas y el tratado vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos: un análisis desde los movimientos sociales. *Homa Publica. Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, 1(2).

ENTREVISTAS

“INTERNALIZAR LOS VALORES DE LA DIGNIDAD HUMANA PARA SOSTENER EL ESTADO DE DERECHO”

ENTREVISTA AL JUEZ DE LA CORTE IDH

DR. DIEGO MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ¹

Por Pablo Perel y Lucía Colombo



– Es un placer contar con la participación del recientemente electo juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Dr. Diego Moreno Rodríguez Alcalá. Agradecemos profundamente su presencia en esta edición ya que nos ofrece una excelente oportunidad para abordar varios temas cruciales sobre los derechos humanos en la actualidad. Para comenzar, nos gustaría saber cómo evalúa sus primeros pasos en su nueva función en este tribunal regional.

¹ Abogado. Doctor en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca, España). Máster en Derecho Internacional (Universidad de Columbia, Estados Unidos). Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Exasesor legal del Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos (OEA). Profesor de Interpretación de la ley y argumentación jurídica de la Escuela Judicial del Paraguay (Universidad Católica de Asunción). Profesor de la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Universidad de Alcalá, España). Presidente del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional. Autor de obras y publicaciones jurídicas.

– Bueno, siempre es difícil autoevaluarse, y en lo que refiere a mi persona, tiendo a ser muy exigente conmigo mismo. En cualquier caso, todavía es prematuro, hemos tenido apenas un período de sesiones. De todas formas, tengo un enorme entusiasmo de cara a los desafíos que se vienen, así como un gran sentido de compromiso y de responsabilidad para tratar de hacer el mejor trabajo posible, orientado hacia la protección de las víctimas, el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), y a lograr una jurisprudencia sólida en materia de derechos humanos para nuestra región.

– En un contexto global de creciente autoritarismo, ¿qué rol considera que debe desempeñar la Corte IDH para proteger el estado democrático de derecho y los derechos humanos?

– Es una excelente pregunta. En esta dirección, cabe mencionar que vivimos en un contexto de muchas amenazas y riesgos para la plena vigencia de los derechos en la región. El autoritarismo, como uno de ellos, es incompatible con los derechos humanos, que solo pueden florecer plenamente bajo un régimen democrático. Con estas circunstancias, esta Corte, teniendo como inspiración la Carta Democrática Interamericana, debería ser muy firme con una jurisprudencia que contribuya a consolidar un régimen democrático como condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, tal cual se establece en el preámbulo de la Carta de la OEA.

Existen numerosos derechos y disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que guardan una relación directa con la vigencia de la democracia, que la Corte, con el dictado de sus sentencias y la emisión de sus opiniones consultivas, ha revalorizado, consolidando el marco democrático en la región. Por citar solo un ejemplo, considero que podríamos destacar la opinión consultiva sobre la reelección presidencial indefinida, la que constituyó un aporte muy significativo.²

Recientemente, la Corte IDH ha recibido una solicitud de opinión consultiva que versa justamente sobre la relación entre democracia y derechos humanos. Naturalmente, es una oportunidad magnífica para fijar criterios y seguir profundizando en este tema, en un contexto muy delicado para la democracia a nivel global.

Por último, no debemos olvidar la importancia que asigna la CADH en su propio preámbulo a las instituciones democráticas –a diferencia de otros tratados de derechos humanos–, sumado al hecho de que los derechos políticos (art. 23) no pueden ser suspendidos en los supuestos previstos en el artículo 27, lo cual también es una característica saliente de la CADH. En fin, traigo esto a colación como muestra de la importancia capital que tiene la democracia en el marco del SIDH.

² Corte IDH, Opinión consultiva 28/21. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf.

– Respecto a la labor de la Corte IDH, ¿cómo evalúa el avance de los países que han reconocido su competencia en materia de derechos humanos, así como la construcción de un ordenamiento jurídico y jurisprudencial alineado con el sistema interamericano? ¿Cuáles son las medidas de mayor eficacia que la Corte suele tomar para asegurar el cumplimiento de sus fallos?

– En primer lugar, es muy valioso que los Estados miembros de la OEA ratifiquen la Convención –y otros tratados de derechos humanos del Sistema Interamericano–, y que además reconozcan la competencia de la Corte IDH. De hecho, deberíamos apuntar a la universalidad del Sistema. Una parte esencial de la razón de ser de la OEA y del entramado institucional creado bajo sus auspicios es la de contribuir a consolidar un conjunto de valores comunes, propios y característicos de la región.

Dicho esto, por supuesto que existen numerosos desafíos para armonizar mejor el derecho internacional con el derecho interno. Este es un reto muy importante para la Corte IDH y también para todos los Estados que son partes de la CADH. Desde luego que las relaciones entre el derecho doméstico y el derecho internacional siempre han sido complejas, pero hoy ya nadie pone en tela de juicio el hecho de que el derecho internacional de los derechos humanos debe permear los ordenamientos domésticos, sean cuales sean los mecanismos institucionales que se consideren más adecuados a dicho fin. Y esto ya es un avance muy significativo.

En cuanto a la segunda parte de su pregunta, como ustedes saben, a diferencia del Sistema Europeo, en el contexto interamericano es esta Corte el órgano encargado de supervisar el cumplimiento de sus propias sentencias. Debido al alcance amplio y a la vocación de transformación que tienen muchas de las decisiones de la Corte IDH, el proceso de pleno cumplimiento no siempre es rápido ni fácil de lograr. Pero se debe seguir trabajando, de buena fe, entre todos los actores relevantes para lograr el pleno cumplimiento de las decisiones de la Corte. Un sistema en el que no se cumplen las decisiones del órgano encargado de supervisar el cumplimiento de la Convención no tendría razón de ser. Esto exige un sentido de compromiso por parte de los Estados a fin de seguir perfeccionando el SIDH cada vez más. Por supuesto, la Corte IDH también debe hacer su parte, dictando buenas sentencias y disponiendo reparaciones integrales adecuadas a cada situación.

Por último, las audiencias de supervisión de cumplimiento de sentencias y las visitas a los países son sin duda herramientas muy valiosas tendientes a lograr el pleno cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, y deben seguir siendo fortalecidas, al igual que los informes sobre cumplimiento que la Corte IDH eleva a la Asamblea General de la OEA, aunque se ha señalado que este mecanismo no siempre ha tenido el impacto esperado. En fin, hay todavía muchos desafíos por delante.

– La desigualdad sigue siendo uno de los desafíos más persistentes en muchos países de la región, afectando el pleno ejercicio de los derechos humanos. En este contexto, ¿de qué manera cree que la Corte IDH podría contribuir a reducirla y promover una mayor equidad?

– Sí, comparto plenamente su juicio. Considero que las enormes desigualdades políticas, económicas y sociales existentes en la región constituyen un desafío para los derechos humanos, entre cuyos fundamentos puede acudirse –y así lo ha hecho cierto sector de la doctrina– a una noción radicalmente igualitaria de todas las personas. En ese sentido, es mucho lo que la jurisprudencia de la Corte IDH ha hecho históricamente para proteger a grupos tradicionalmente excluidos y marginalizados de nuestras sociedades, y creo que esa es una línea en la cual la Corte IDH debería seguir insistiendo.

En cualquier caso, es difícil imaginar que podamos construir sociedades democráticas estables en un contexto de desigualdades injustas muy pronunciadas, y por eso este asunto requiere de un gran esfuerzo colectivo a nivel regional. Por supuesto, la Corte IDH no puede estar ausente en esta labor, y debe seguir haciendo lo suyo en el marco de sus atribuciones específicas. No debemos perder de vista que ciertas patologías que aquejan a muchos de nuestros países, como el crimen organizado, la erosión de las instituciones democráticas, etcétera, todo eso puede hallarse ligado igualmente a un contexto de desigualdades injustas, o bien sumarse a este contexto para exacerbar el impacto negativo hacia el pleno disfrute en condiciones de igualdad de los derechos en la región.

– En el marco de la promoción de los derechos humanos y el fortalecimiento de las instituciones democráticas, ¿considera que las visitas institucionales de la Corte IDH a los países de la región constituyen una herramienta importante para estrechar lazos con los Gobiernos y la sociedad civil?

– Totalmente. Esta Corte debería ser lo más cercana posible a los países y a nuestras sociedades. Es decir, no debería mostrarse como un órgano distante, sino como una institución que forma parte inescindible de la historia de nuestra región y de la realidad de cada uno de nuestros países. No se puede contar una historia completa de América sin hacer alusión a los avances logrados en el continente desde el siglo XIX a esta parte con la construcción de un marco jurídico común para la cooperación entre los Estados en torno a un conjunto de valores compartidos, entre los que se encuentran de forma indubitable la protección de la dignidad de las personas y la forma democrática de gobierno. La Corte IDH definitivamente tiene un rol muy prominente dentro de esta institucionalidad común articulada bajo el paraguas institucional de la OEA.

Por tanto, este trabajo de acercamiento debemos seguir profundizándolo, con sesiones en los distintos países, visitas de jueces y juezas, así como otros actos que promuevan una mayor proximidad entre esta Corte y todas las personas de la región.

– Por último, no queríamos terminar sin antes consultarle ¿qué estrategias de formación inicial y permanente considera que deberían implementarse en pos de garantizar una mayor eficacia en la protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del estado de derecho en la región?

– Soy de los que piensan que los derechos no son ni deberían ser monopolio de determinados grupos de especialistas. Por el contrario, los derechos son una construcción y un proyecto colectivo común de la humanidad entera, independientemente de nuestra concepción sobre sus fundamentos filosóficos. A todos y todas nos compete, sea cual sea el ámbito desde el que nos toque actuar, promover, divulgar y defender los derechos junto a la dignidad de la persona humana siempre. Así es que, como verá, para mí la educación a escala masiva, en todos los niveles y dirigida a todos los sectores de la población resulta clave. Si logramos que todas las personas internalicen los valores asociados a la dignidad humana, habremos logrado que esta noción se halle afincada sobre bases más firmes, y con eso fluirá con mayor naturalidad una cultura ciudadana que sostenga el estado de derecho en la región.

Por supuesto, también es importante el rol que desempeñan en nuestras sociedades las instituciones estatales, la sociedad civil, las personas defensoras de derechos humanos, y un largo etcétera de actores que trabajan cotidianamente para promover y proteger los derechos. Deberíamos mencionar también a los abogados y abogadas, jueces y juezas domésticos, defensorías públicas y demás personas vinculadas al sistema de administración de justicia, quienes también cumplen un rol fundamental para sostener un estado de derecho en el que tengan plena vigencia los derechos humanos, y ahí existen grandes desafíos en materia de formación y capacitación. En fin, debemos trabajar mancomunadamente en la promoción de políticas y estrategias educativas que contribuyan a apuntalar más eficazmente las actividades vinculadas a los derechos que llevan a cabo todos estos actores.

Por cierto, deseo aprovechar la pregunta para recordar los cursos autoformativos y otros recursos didácticos puestos a disposición del público en general en la página web de la Corte IDH. Se trata de herramientas sumamente valiosas en materia educativa de las cuales cualquier persona puede echar mano para conocer mejor nuestros derechos y, de esta forma, promoverlos y defenderlos más adecuadamente.

– Dr. Moreno Rodríguez Alcalá, le agradecemos profundamente por su valioso tiempo y su disposición para conversar sobre estos temas, tan relevantes y actuales. Aprovechamos también para desearle el mayor de los éxitos en este nuevo rol, confiando en que su labor será fundamental para la defensa de los derechos humanos en la región.

– Muchísimas gracias.

**“URGE ENCONTRAR FÓRMULAS COMPATIBLES
CON EL MARCO CONSTITUCIONAL QUE OFREZCAN SOLUCIONES
RESPECTUOSAS DE LOS DERECHOS
DE TODOS LOS INVOLUCRADOS EN EL PROCESO PENAL”
ENTREVISTA A LA DRA. MARY BELOFF¹**

Por Pablo Perel y Lucía Colombo



–Muchas gracias, Dra. Mary Beloff, por recibirnos. Es un privilegio conversar con una experta de su trayectoria sobre temas relacionados con el derecho penal y la política criminal, en particular, en su relación con los grupos más vulnerables, como la niñez y la adolescencia. El primer tema sobre el que nos gustaría conocer su opinión es respecto a cómo considera la relación entre seguridad ciudadana, política criminal y derechos humanos. En ese sentido, ¿cómo evalúa la implementación de las denominadas “leyes de mano dura” en un contexto como el de América Latina?

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires). Doctora en Derecho Penal (UBA). Magíster en Leyes (Universidad de Harvard). Directora y profesora titular del Departamento de Derecho Penal y Criminología (UBA). Fiscal general de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios de la Procuración General de la Nación y experta independiente del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

–Quiero agradecerles en primer lugar la oportunidad de mantener este diálogo con ustedes que me permite compartir puntos de vista que son el resultado de varias décadas de trabajo académico e institucional en este campo. Concretamente, en relación con el problema respecto de cómo se generan condiciones para que una sociedad y sus habitantes vivan seguros, entiendo que es preciso partir del reconocimiento de la seriedad y relevancia del tema. Este es el presupuesto básico para sentar las bases de una política criminal que reduzca significativamente la violencia. La población se preocupa genuinamente por la (in)seguridad, no por alguna preferencia, digamos, estilística o ideológica, sino porque –desde un punto de vista objetivo– los hechos de inseguridad suceden y, además –desde un punto de vista subjetivo–, comprometen derechos fundamentales de los habitantes. Es claro que afectan en diferente medida en diferentes momentos a diferentes personas, pero negar su ocurrencia y significado solo agrava la situación en lugar de contribuir a mejorarla.

Por otro lado, de lo que acabo de decir se puede advertir fácilmente que, tal como los interpreto, esos términos –seguridad, política criminal, derechos humanos–, generalmente presentados como antinómicos, no lo son. Más aún, unos presuponen otros. El primer derecho humano es el derecho a la vida, por lo cual asegurarla a través de diferentes medidas, incluidas las de carácter político-criminal, es el primer deber del Estado. Si nos remontamos en el tiempo, esta idea está presente en todas las teorías que justificaron su creación, en cualquiera de sus variantes históricas. Modernamente, así también lo exigen todos los tratados de derechos humanos, tanto los del sistema universal como los del sistema regional de protección, que hoy integran el texto constitucional. Luego, obviamente, es preciso ponderar cuánto derecho penal, en este marco, cuánta política criminal es necesaria para asegurar los derechos humanos, pero ese es un juicio derivado, no originario.

Sentado lo anterior, hay que comprender que no estamos frente a problemas para los cuales existen soluciones rápidas y sencillas, en particular para los más graves, que implican mayores niveles de violencia y sufrimiento individual o colectivo. Su abordaje requiere una activa y eficaz colaboración entre el ámbito político y el científico, en el sentido de que la política criminal debe basarse sobre un conocimiento riguroso de las dimensiones y características reales del problema delictivo que se pretende resolver. Enfoques modernos sobre las causas del crimen basados sobre evidencia empírica como sustento de la política criminal son imprescindibles para un Estado que se toma en serio los problemas de seguridad ciudadana.

Por otro lado, esta perspectiva permite discriminar entre diferentes deberes estatales cuyo cumplimiento es la justificación de cualquier política pública. En esta materia, algunos se refieren a asegurar condiciones de vida digna que, va de suyo, incluyen una vida

“segura”, entendida la palabra “seguridad” en sentido amplio. En este sentido puede hablarse de obligaciones positivas que no son las que habitualmente se asocian con la cuestión criminal. Trasladado al tema que analizamos, es lo que se conoce como políticas de prevención del delito. Hay consenso en la literatura mundial respecto de que en sociedades libres y abiertas los niveles delictivos disminuyen cuando esos mínimos existenciales están asegurados para la mayor parte de la población. El otro deber estatal que, en rigor, es el que dio origen al sistema penal y que se puede identificar en cualquier teoría del contrato social es el de reaccionar frente al delito cuando fracasa la prevención. Esa reacción, por definición, debe existir para asegurar la autonomía y libertad de las personas (de ahí que se hable de libertades negativas y derechos y garantías como límites al Estado), por lo que está justificada solo cuando una conducta produce un daño. A partir de allí debe cobrar forma y expresarse de manera contundente pero precisa, excepcional y limitada –proporcional– al daño causado, mediante mecanismos –procedimientos– que aseguren una respuesta estatal justa para todos los involucrados, incluida la sociedad en general.

Otro aspecto de la relación entre estas categorías que me parece importante mencionar es que la insatisfacción justificada de la población referida al fracaso de las políticas de seguridad muchas veces se traslada, como reclamo generalizado, al sistema de justicia y su inoperancia. Más allá de las dificultades que pueda tener –y el argentino las tiene, de diferente naturaleza y entidad–, debe ser claro para la sociedad qué rol debe cumplir cada poder del Estado y qué le corresponde resolver a cada uno respecto de este tema. La actividad de la Justicia penal no es, *a priori*, preventiva, aunque en sus resultados, eventualmente, podría serlo si una intervención fuera exitosa, por ejemplo, con la utilización de un mecanismo restaurativo o conciliatorio previo al juicio, con la suspensión del proceso a prueba o si una condena de privación de libertad cumple con los fines resocializadores que deben guiar la etapa de ejecución. El Poder Judicial puede y debe realizar ponderaciones que incluyan aspectos preventivos –especiales y generales–, si los casos lo ameritan, tal como lo manda la Corte Interamericana de Derechos Humanos; pero no tiene a cargo garantizar la seguridad ciudadana, que es una tarea que la Constitución nacional y las constituciones provinciales asignan a los respectivos poderes ejecutivos.

En este sentido, y para regresar a la última parte de la pregunta, el endurecimiento del sistema penal *per se*, como discurso, dissociado de todo lo anterior y respecto de lo que se conoce como delitos comunes –más allá de que sean serios y puedan acarrear consecuencias muy graves–, no cumple fines socialmente deseables. Como indiqué, y quiero ser muy clara en este punto, la perspectiva requiere ajustes cuando se trata de hechos gravísimos. Así lo reconocen las Ciencias Penales en todo el mundo que han desarrollado en las últimas décadas teorías específicas para abordar los problemas derivados de

fenómenos criminales desconocidos en el pasado. Eso no significa afirmar que, entonces, un sistema penal "bobo" –disculpen la expresión– es aceptable en sociedades democráticas. La dicotomía "discurso de mano dura" versus "sistema penal bobo" tiene alto rendimiento comunicacional, pero bajísimo en términos de eficacia político-criminal.

–Siguiendo la misma línea, ¿es posible la construcción de sistemas de justicia criminal eficientes sin la implementación de estas leyes de "mano dura"?

–¡Claro que sí! Es posible y es imprescindible, además de urgente. De todos modos, es importante superar el plano discursivo. Precisamente, en El Salvador el lenguaje de "mano dura" (literal) se comenzó a emplear hace más de dos décadas para introducir reformas penales ineficientes que pusieron énfasis en los enunciados. Así, pasaron de ser "Plan de Mano Dura" en el año 2003 al plan de "Súper Mano Dura" y, posteriormente, al de "Súper Súper Mano Dura". Sin embargo, las medidas conocidas recientemente referidas a la privación de libertad de miles de imputados en cárceles de máxima seguridad operaron en otro orden. Sus efectos en la reducción de la violencia urbana son indiscutidos; pero una evaluación general sobre su sustentabilidad a largo plazo, así como de la situación del país en términos del posicionamiento del crimen organizado, no ha sido realizada hasta la fecha. Por otro lado, se plantean las tensiones de estas políticas con compromisos internacionales asumidos por el país y con derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución salvadoreña que han puesto en cuestión su viabilidad democrática. Un punto adicional que me gustaría mencionar, y solo a los fines especulativos, es que aun si se concediera que se trata de un modelo idóneo desde el punto de vista político criminal, debería no obstante considerarse las condiciones concretas de vida y de la seguridad en el país en el que se lo implementa. Suele no ser acertado trasladar acríticamente iniciativas que pueden funcionar en una sociedad determinada, pero que no necesariamente lo harán en otra con características socioeconómicas, históricas y demográficas diferentes.

Quiero insistir en que las respuestas penales reservadas para las afectaciones de derechos fundamentales de las personas encuentran precisamente su justificación y su límite en derechos y garantías penales. Este análisis es independiente de la eficacia o no de un sistema penal. Es un juicio normativo que muestra la inextricable relación que existe entre el derecho penal y el derecho constitucional que incluye los derechos humanos de todas las personas, no solo del imputado.

Argumentar lo contrario compromete la consolidación de las instituciones democráticas. El Estado de derecho puede y debe legítimamente reprimir conductas que están tipificadas como delito en el Código Penal. Recordemos que ese es el verbo utilizado allí para

definir cada crimen por sus redactores y por todos los legisladores posteriores que lo modificaron. De modo que esa actividad estatal viene legalmente impuesta, precisamente, para garantizar la seguridad en el disfrute de los derechos fundamentales de todas las personas.

Mientras no sea posible resolver estos problemas, se corre siempre el riesgo de que se imponga la acción directa por sobre la confianza en la ley y las instituciones, todo lo cual impide disfrutar de los beneficios de una democracia robusta y de una sociedad que garantiza a todos sus habitantes todos sus derechos, incluida la seguridad en todos sus sentidos.

Insisto en que ello no significa aceptar, sin matices y ajustes, la expansión del ámbito de aplicación de los métodos tradicionales de la política penal y, en particular, de las medidas privativas de libertad, sino lo contrario. Me refiero a apuntar a una limitación del empleo de esos medios a aquellos casos en los que no haya otra solución posible, al mismo tiempo que se implementa un intenso sistema preventivo acompañado de medidas de política criminal que operen de forma tanto inmediata como mediata, con supervisión, control y ajustes permanentes a partir de sus efectos y costos sociales.

De la mano de antiguos maestros (entre mis favoritos, Gustav Radbruch), me animo a afirmar que quizás en alguna oportunidad pueda llegarse a una instancia en la que ninguna cantidad de derecho penal sea necesaria para mantener integrada y segura a una sociedad y sus habitantes, pero sostener esto hoy en América Latina, en las condiciones actuales, me parece una irresponsabilidad política y una falacia teórica.

– En ese orden de ideas ¿considera que existen tensiones entre los derechos y garantías de los imputados y víctimas de delitos?

– Eso es algo que se escucha desde siempre, incluso en medios académicos y judiciales, asociado a ciertas distorsiones teóricas que probablemente se deban a que la academia legal no logra comunicar adecuadamente sus avances científicos a la comunidad. Es evidente que existen conflictos normativos entre los derechos que el sistema legal ubica en cabeza de unos y otros, pero desde el punto de vista político-criminal, dentro del marco constitucional, el deber estatal es asegurar los derechos de todas las personas, generar las condiciones para que se reduzca al mínimo posible el número de víctimas, asegurar que cuando suceda un crimen ellas puedan acceder debidamente a la justicia, y, respecto de los imputados, que se determine su responsabilidad mediante un juicio justo. Como puede observarse, no hay una exclusión de unos por sobre de otros si se interpreta el sistema normativo de forma sistemática y coherente.

Además, si no fuera así, nos veríamos inmediatamente obligados a concluir que una sociedad respetuosa de los derechos humanos no debería contar con un sistema estatal

organizado de reacción a los delitos. Es evidente que esa conclusión resulta contraintuitiva.

Me parece que quizás la dificultad surja del modo como se plantea, en el lenguaje de la calle, la cuestión de los derechos fundamentales, donde los aspectos emocionales prevalecen sobre los racionales. Por razones que sería largo desarrollar, la gente tiende a pensar que el respeto de los derechos de un imputado incide directamente en la inseguridad, de donde concluyen que para vivir seguros no habría que respetar derechos fundamentales –al menos, no de las personas imputadas–. En cuanto se profundiza mínimamente esta idea, en seguida se advierte que el razonamiento tiene déficits importantes y que parte de la asunción de que, en todos los casos, los imputados son efectivamente responsables de los delitos que se les atribuyen. Es claro que en el proceso penal hay intereses opuestos, pero ello no contradice la afirmación de que cuanto mayor respeto de los derechos generales de la población se verifique, esa sociedad va a ser más segura.

Quizás aquí se revele un problema más profundo de la sociedad argentina que trasciende cualquier discusión de coyuntura sobre alguna política criminal específica o alguna sentencia judicial en particular: ella no ha saldado su discusión sobre el sentido del derecho y la función de la ley penal en democracia.

Ello se puede observar, además de en discusiones cotidianas, en encuestas que muestran que, frente a un problema, muchas personas apelarían a diferentes formas de acción directa antes que a la intervención estatal mediante el recurso a mecanismos legales.

Se pueden plantear diferentes hipótesis y explicaciones para eso, pero la herencia de las sucesivas interrupciones del Estado de derecho, y, en particular, de la tragedia en múltiples sentidos que implicó la última interrupción del régimen constitucional, pesa mucho sobre la extendida desconfianza de la población hacia la autoridad que expresan las instituciones que integran el sistema de justicia penal.

Por ese motivo urge encontrar fórmulas compatibles con el marco constitucional que ofrezcan soluciones respetuosas de los derechos de todos los involucrados en el proceso penal, justas y eficientes en términos colectivos. Para ello, es imperioso desarrollar un diálogo democrático sobre cuáles son las bases necesarias que aseguren igualdad de oportunidades y dignidad social, pero también seguridad y tranquilidad para desarrollar el plan de vida que cada uno elija, sin interferencias injustificadas de agentes estatales o de terceros privados que, al cometer delitos, lo frustren.

Desde el punto de vista democrático se hace necesaria una mayor participación de la víctima, excluida históricamente de la justicia penal pero cuyos derechos están reconocidos en los tratados de derechos humanos. En el último tiempo y con los cambios de las legislaciones procesales se ha avanzado en este sentido, más allá de que subsistan diversos problemas que deberían encontrar soluciones legales precisas. Su reconocimiento requiere no solo contar con mecanismos que le aseguren una posición activa

dentro del proceso, sino también una institucionalidad robusta que brinde la contención suficiente y necesaria que contribuya a disminuir los efectos nocivos del delito, así como también a evitar la revictimización, al tiempo que se determinan las responsabilidades correspondientes.

En resumen, ante la pregunta respecto de la relación entre el sistema penal y los derechos fundamentales, es posible concluir que el primero solo se justifica si asegura la vigencia de los segundos. Para ello, la justicia penal debe estar construida como un consolidado –transparente, legítimo y, a la vez, eficiente– mecanismo con el que cuentan las sociedades democráticas para garantizar la convivencia pacífica entre sus habitantes.

– Otro tema que también divide opiniones es el de la delincuencia juvenil. ¿Cuál es su opinión acerca de las propuestas que consideran como una posible solución el aumento de penas para menores de edad o la baja de la edad de imputabilidad?

– Estas posiciones se plantean, de forma recurrente, cada vez que se atribuye a un niño la comisión de un delito muy grave con amplia cobertura mediática o en contextos electorales. Al igual que sucede con la justicia penal de adultos, presentan de forma muy simplificada y maniquea iniciativas que pretenden ser soluciones sencillas y rápidas frente a complejos problemas de inseguridad. En general se propone, por un lado, aumentar el territorio de lo penalmente prohibido –es decir, ampliar el número de conductas tipificadas como delitos– y, por el otro, aumentar la duración de las penas. Además, cuando se trata de delitos atribuidos a menores de edad, se agrega la reducción de la edad mínima de responsabilidad penal, que en la Argentina es dieciséis años. En América Latina, últimamente, se ha planteado también reducir la mayoría de edad penal –dieciocho años–, que es diferente de la de la capacidad penal –dieciséis años–. Perú acaba de aprobar una ley en ese sentido.

Siempre me llama la atención, en las discusiones públicas, la insistencia en presentar como algo positivo, como soluciones, iniciativas que se sabe y está comprobado que no resuelven ningún problema.

En ese sentido, respecto al aumento de penas, como sucede con las personas adultas, la propuesta que reclama el endurecimiento de la respuesta estatal al delito de los menores se basa sobre una concepción disuasiva del castigo, de acuerdo con la cual un sistema penal más severo en sus sanciones operaría como una coerción psicológica que inhibiría a eventuales perpetradores de avanzar con su plan criminal. Se trata de la conocida teoría denominada en el derecho penal como “prevención general negativa”, que en este caso no consideraría solo el efecto comunicativo de la amenaza sancionatoria, sino también el del reconocimiento de la capacidad –imputabilidad– penal desde una edad más temprana. Con independencia de su justificación teórica, la postura ignora que no

hay relación directa entre la edad penal y la cantidad de delitos que cometen los niños, de la misma forma que el aumento de las penas no incide directamente en la reducción de los crímenes cometidos. Esto no significa negar que pueda haber algún supuesto específico en el que la tipificación de un comportamiento o el agravamiento de una determinada pena pueda tener algún resultado eventualmente simbólico o disuasorio, pero ese no es el punto que quiero analizar aquí. Lo que me interesa resaltar es que, si la prevención general negativa ha probado ser ineficaz para justificar la pena respecto de personas adultas a quienes el derecho penal considera como sujetos competentes, plenamente capaces de motivarse –y, por lo tanto, de inhibirse frente a la amenaza penal, resulta aún más inadecuada como justificación del castigo en relación con quienes poseen, para el derecho penal, una capacidad reducida debido a su menor edad.

Como indiqué al principio, la propuesta de disminuir la edad mínima de responsabilidad penal es una iniciativa que simplifica un problema complejo. Se manifiesta de dos formas. La primera consiste en reclamar la disminución de la edad mínima de ingreso al sistema penal general, que es dieciocho años. Esta es la iniciativa más reciente en la región, como mencioné, que implica tratar a niños como adultos. La otra propuesta consiste en disminuir la edad mínima de responsabilidad penal, que habilita el enjuiciamiento y castigo de menores penalmente responsables dentro de un sistema diferente del previsto para las personas adultas. Esta intervención diferenciada es una consecuencia normativa y político-criminal del derecho a la protección especial en el ámbito de la justicia juvenil –principio de especialidad– que tienen las personas menores de dieciocho años de edad por encontrarse en la etapa vital en la que se encuentran.

Otra iniciativa sostiene que debe reducirse la edad penal para evitar que los niños sean utilizados por adultos para cometer delitos. Algo que parece razonable a primera vista enseguida colisiona con nociones básicas de justicia de acuerdo con las cuales, frente a ese problema, la interpelación debería apuntar hacia el reclamo de una fuerte presencia estatal orientada a la promoción de los derechos de niños que, por su situación de desventaja social y familiar, podrían quizás ser captados por redes criminales. Además, desde una perspectiva estrictamente penal, una solución justa para estos casos es la de agravar las penas cuando personas adultas utilicen a menores de edad para cometer delitos, tal como lo prevé el artículo 41 *quater* del Código Penal. De ese modo se responsabiliza más a quien es más culpable, en oposición a una propuesta que, además de inútil en sus efectos prácticos, es manifiestamente desproporcionada, al castigar más duramente a menores de edad por su mayor vulnerabilidad, que es precisamente lo que los pone en la situación de resultar posibles víctimas de redes criminales. Otra cuestión problemática de esta perspectiva es que ignora que en estos casos los niños son, primero, víctimas de redes criminales.

Para resumir, es importante estar advertido de que estas propuestas son rechazadas por la comunidad científica y académica, desde un punto de vista jurídico, por su incompatibilidad con la manda constitucional, y, desde el punto de vista sociológico, por su ineffectividad político-criminal. La evidencia demuestra que este tipo de iniciativas no reduce la violencia, sino todo lo contrario. Por eso es útil preguntarse qué busca una sociedad cuando reclama un cambio en la forma de reaccionar frente al delito de los niños. Si eso no está claro, los cambios no van a generar los resultados deseados en términos de seguridad ciudadana. Cada habitante tiene el derecho a vivir seguro/a, y la sociedad es más segura si se respetan todos los derechos de todos sus integrantes.

– En relación con la pregunta anterior, ¿es posible únicamente abordar la problemática de la delincuencia juvenil desde un enfoque estrictamente jurídico-penal?

–Desde un punto de vista más utilitario, un enfoque meramente represivo –punitivo– respecto del delito juvenil profundiza las causas que llevaron en primer lugar al niño a cometer un delito. Esto ya se discutía hace un siglo y medio, y por esa razón se modificaron las formas de tratar con el delito juvenil, para emplear otras herramientas que partan del reconocimiento de la diferencia fenomenológica que existe entre un niño y un adulto.

Cuando un niño se inicia en la llamada “carrera criminal”, en general lo hace dentro de su comunidad, que es donde se generaron las condiciones propicias para ello. De ahí que, actualmente, a nivel mundial, las iniciativas más eficaces buscan poner el foco en el ámbito comunitario. Ello permite salir de la secuencia de una comunidad que se reapropia de la reacción y adopta una actividad vindicativa al margen de los mecanismos legales previstos por el sistema de justicia criminal, para incidir en la transformación de los motivos que llevaron al menor a delinquir. De ahí el éxito de la llamada “justicia restaurativa”.

Hay de todos modos una cuestión más estructural que tiene que ver con las condiciones en las que se desarrolla la vida de niños y niñas que carecen de lo más elemental, y no me refiero necesariamente a la carencia de recursos materiales. Me refiero a lo primero que necesita un niño desde que nace, que es el cuidado y el amor de una familia y también, según la cultura, de su comunidad.

Este es el problema crítico en términos de derechos del niño, pero también como efecto indirecto relacionado con el tema de la seguridad. Si un chico es cuidado y sus derechos son garantizados por este núcleo amplio, familiar, comunitario, es muy poco probable que, con independencia de sus dificultades materiales, se meta en problemas con la ley penal o sea presa fácil del crimen organizado. Pero cuando ese grupo familiar o comunitario está ausente o no cumple con esas funciones de cuidado, se presenta un escenario en el que es preciso que se intensifiquen mecanismos de protección especial para garantizarle sus derechos como niño: al cuidado, a la educación, a la salud, a la vivien-

da, al esparcimiento, al deporte. Si esos derechos están garantizados, hay muy pocas chances de que un niño se dedique a actividades ilícitas. En ese sentido me refiero a que la prevención es estructural.

Por dar un ejemplo, en los últimos años se advierte un cambio en las modalidades delictivas de los menores de edad, vinculado con el consumo de sustancias que tienen un efecto letal en su subjetividad. Para algunos especialistas, ello explicaría el aumento de la violencia y la irracionalidad de las conductas de algunos adolescentes. De ahí se desprende que, en términos preventivos, se trata de problemas que pertenecen al ámbito de la salud pública, no de las políticas penales. De todos modos, debe quedar claro que las estadísticas con las que se cuenta muestran que el delito principal que cometen los menores de edad es contra la propiedad. En todo el mundo estos delitos se abordan con soluciones de justicia restaurativa u otros mecanismos de seguimiento en libertad, como los programas de libertad asistida o programas reparatorios a la comunidad, que requieren un funcionamiento coordinado de diferentes instituciones y organismos para que el niño o adolescente pueda reintegrarse socialmente.

Por eso entiendo que un desafío importantísimo que tiene el país –porque se deriva de sus compromisos internacionales, pero también porque es un imperativo elemental de justicia– es generar las condiciones para evitar que un niño o una niña se involucren en actividades delictivas, pero también para que no sean víctimas de hechos criminales. Esto puede resumirse en el doble sentido de la palabra “prevención”: cómo se previene que un niño o un adolescente cometa delitos y, por otro lado, cómo se generan condiciones institucionales, sociales, culturales para prevenir que sean víctimas. Esto necesariamente tiene que ser construido desde un marco que excede a la justicia penal.

–Dada su formación en política criminal y criminología, ¿cree posible la resocialización de delincuentes, adultos o niños? ¿Qué reflexión le merece la relación que se establece entre la delincuencia juvenil y la “escuela del crimen” en las cárceles?

– Como enseña el profesor Eligio Resta, todos los casos de niños son trágicos. Ellos necesitan de decisiones en plazos rapidísimos, porque su tiempo de vida no espera; pero al mismo tiempo toda decisión que se tome sobre ellos se dirigirá y tendrá efectos en su vida a largo plazo. ¿Cómo estar seguros de que es la decisión correcta? ¿Cómo determinar su interés superior que, en este ámbito, implica inclinarse por aquello que evite que en el futuro cometa delitos? La delincuencia juvenil revela un doble fracaso de la sociedad, porque produce las condiciones dentro de las cuales la situación problemática de un menor deviene delito y porque, una vez que ocurre, impotente para encontrar una solución que apunte a la reparación del daño y a la reintegración social del adolescente, reclama un endurecimiento de la respuesta estatal, como si el niño fuera una persona adulta.

El derecho internacional ha establecido que la privación de libertad de una persona menor de dieciocho años de edad es una respuesta extrema, porque implica una enorme restricción de derechos fundamentales en un contexto que, como regla, imposibilita adquirir habilidades sociales y cívicas. En el caso de niños y adolescentes, este carácter se acentúa precisamente porque la persona se encuentra en etapa de aprendizaje de todas esas habilidades y conocimientos. Por eso solo puede justificarse en casos realmente muy graves y por el tiempo mínimo indispensable para, en términos de la culpabilidad reducida que tiene un menor de edad, explorar alternativas eventuales y futuras que aseguren que ese adolescente se reintegre a su comunidad de forma no conflictiva en el futuro.

En ese sentido querría insistir en que, frente a reclamos como los que circulan, no debe perderse de vista que las estadísticas en cualquier parte del mundo indican que ellos no son los responsables principales de la gran mayoría de los delitos que se cometen ni, sobre todo, de los más graves –para el caso argentino, entre el 1 y el 4 % de los ingresos totales a la justicia penal, en los últimos veinte años, con mínimas variaciones según la fuente y jurisdicción–.

– Para culminar con la entrevista, Dra. Beloff, nos interesaría conocer qué balance hace de su destacada carrera académica tanto en la Universidad de Buenos Aires como en universidades extranjeras. ¿Considera la educación pública, gratuita y de calidad como un elemento indispensable para el fortalecimiento democrático y la igualdad real de oportunidades?

–Absolutamente. Siempre digo que ingresé a la Universidad de Buenos Aires a los doce años, porque estudié en el Colegio Nacional de Buenos Aires, y continué en ella. Mi identidad profesional y personal son el resultado de la educación pública de excelencia.

Como estudiante mantuve una intensa actividad académica universitaria, participé de la revista jurídica de estudiantes *Lecciones y Ensayos*, fui auxiliar docente e investigadora no graduada en un sistema que acababa de iniciarse (UBACyT), hicimos con mis compañeros los primeros Congresos de Estudiantes de Derecho Penal y Criminología que con los años se extendieron a toda Iberoamérica y tantas otras experiencias que sería muy largo relatar. Entonces no nos dábamos cuenta, pero con los años advertimos que fue algo excepcional ser parte de la primera generación del llamado Plan Nuevo de la Facultad de Derecho, a pocos años del restablecimiento democrático. Las clases las enseñaban los profesores titulares, en particular las del Ciclo Profesional Orientado. Algunas eran figuras públicas muy conocidas, pero otras, aunque no tanto, también eran juristas excepcionales con prestigio internacional. Así conocí a mi maestro, al tiempo que

aprendí, directamente, de otras figuras que me marcaron decisivamente como jurista y académica.

Un buen número de mis compañeros y compañeras de esos años han realizado contribuciones significativas al Derecho, ya sea en el ámbito nacional o internacional. Son magistrados, funcionarios, académicos o abogados-as reconocidos en múltiples ámbitos. Es un orgullo pertenecer a esa generación. Me siento privilegiada y estoy agradecida por la época y por las condiciones en las que me tocó estudiar. Gracias a la Universidad de Buenos Aires pude estudiar en la Universidad de Harvard, donde también tuve profesores excepcionales. Gracias a esa educación excepcional pude desarrollar una extensa carrera judicial.

Por otro lado, la academia también me ha permitido participar en foros internacionales en los cuales la universidad argentina es referencia de rigurosidad y compromiso social.

Soy producto de la universidad pública. La considero un pilar de la democracia y de la igualdad de oportunidades.

Hoy existen muchas más oportunidades que las que había entonces, aunque podríamos discutir sobre cómo y qué se enseña, pero eso va a quedar para otra ocasión.

– Dra. Mary Beloff, es un orgullo contar con la participación de una jurista tan destacada, tanto en el ámbito académico como judicial, a nivel nacional e internacional. Su invaluable aporte para la transformación social y la profundización democrática es, sin duda, una referencia fundamental.

– Muchas gracias a ustedes por la invitación.

PUBLICACIONES DE INTERÉS

LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL A PARTIR DE LA ACTIVIDAD ACADÉMICA

Por Benedito Gonçalves¹

Poder Judicial de Brasil

Resumen: El presente escrito refleja algunas consideraciones expresadas en la exposición que tuve a cargo con motivo del acto de apertura de la "Diplomatura superior en desafíos actuales para los derechos humanos en Latinoamérica", organizada por la Universidad Nacional del Oeste –a través de su Instituto de Cultura Popular y Pensamiento Nacional– y el Consorcio Latinoamericano de Derechos Humanos.

I - IMPORTANCIA DE LA CAPACITACIÓN EN DERECHOS HUMANOS²

Nuestra América Latina ha enfrentado, a lo largo de la historia, crisis políticas y sociales que han obstaculizado su desarrollo. La pobreza, la exclusión y el autoritarismo han dejado profundas huellas en nuestros países.

Sin embargo, en las últimas décadas se han logrado avances importantes, especialmente con la democratización, el fortalecimiento de las constituciones nacionales y la consolidación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, garantizando una mayor protección a los grupos vulnerables y promoviendo la diversidad en nuestras sociedades.

Pese a ello, surgen nuevos desafíos. La fragilidad democrática enfrenta amenazas por el crecimiento de discursos violentos y antidemocráticos, propagados por las plataformas digitales, en un marco de una precaria regulación de las nuevas tecnologías. Paralelamente, el cambio climático y la pérdida de biodiversidad afectan drásticamente nuestra región, requiriendo acciones urgentes y efectivas.

En este contexto, la Diplomatura en Derechos Humanos se presenta como una herra-

¹ Abogado (Universidad Federal de Río de Janeiro). Magíster en Derecho (Universidad Estácio de Sá). Ministro del Superior Tribunal de Justicia de Brasil. Director general de la Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados de Brasil. Inició su carrera como juez federal por concurso público.

² Agradezco especialmente la traducción del portugués al español del presente artículo realizada por el profesor Sebastián Chínestra.

mienta esencial para abordar estas cuestiones, formando profesionales, académicos y funcionarios públicos y ofreciendo un conocimiento profundo de los derechos humanos y las estrategias jurídicas que se aplican en América Latina. El compromiso de esta actividad de posgrado es claro: formar ciudadanos preparados para defender la democracia, promover la justicia social y fortalecer los derechos fundamentales.

Dos instituciones se unen con un claro compromiso. Por un lado, el Consorcio Latinoamericano de Derechos Humanos, creado en 2008 con el apoyo de la Universidad Federal de Pará, que reúne hoy a diecisiete universidades de siete países,³ promoviendo la cooperación científica y educativa en el área de los derechos humanos. Por el otro, la Universidad Nacional del Oeste, que desde su fundación, en 2009, ha buscado combinar docencia, investigación y extensión, contribuyendo al progreso regional y nacional.

Al ser responsable de esta iniciativa, la Universidad reafirma su visión de que la educación superior es un derecho humano y un bien público esencial para el desarrollo social. Además de contribuir al fortalecimiento de la integración latinoamericana mediante el estudio de buenas prácticas y mecanismos de cooperación entre los países de la región.

II - DESAFÍOS ACTUALES EN AMÉRICA LATINA

Sabemos que América Latina enfrenta importantes desafíos en materia de derechos humanos, entre ellos, la desigualdad social, la violencia estructural, la vulnerabilidad de las minorías y las crisis institucionales que ponen a prueba la solidez del estado democrático de derecho.

Según Demétrio Magnoli, en un texto publicado el 10 de marzo de este año,⁴ en el sitio web "1948 - Declaración Universal de los Derechos Humanos", de acuerdo con las estadísticas publicadas por la revista *The Economist* en 2024, la democracia se encuentra, a nivel mundial, en su momento más delicado desde la creación del índice de democracia expuesto por la Unidad de Inteligencia Económica (*Economist Intelligence Union*) a partir de 2006. El índice clasifica los países según una puntuación que va de cero –el más autoritario– a diez –el más democrático–. El índice global alcanzó una puntuación de 5,17 y ha estado cayendo constantemente desde 2018.

Las cifras muestran que solo el 6,6 % de la población mundial vive actualmente en democracias plenas, en comparación con el 12,5 % de 2014. Alrededor del 40 % de la población mundial vive bajo regímenes autoritarios. Según el artículo citado, el escenario tampoco es positivo aquí, en América Latina.

³ Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Austral de Chile, Universidad Nacional del Oeste, Universidad Federal de Pará, Universidad de Buenos Aires, Universidad Externado de Colombia, Universidad Iberoamericana, Universidad Nacional de Asunción, Universidad Nacional de La Plata, Universidad Nacional de Lanús, Universidade de Brasília, Universidade de Fortaleza, Universidad del Valle de Río dos Sinos, Universidad Estatal Paulista, Universidad Federal de Paraíba, Universidad Federal de Goiás, Universidad Federal de Pará (que actúa como Secretaría del Consorcio).

⁴ Disponible en: <https://declaracao1948.com.br/2025/03/10/a-democracia-no-fundo-do-poco-10-3-2025/>.

El hecho es que el debilitamiento de la democracia acentúa las desigualdades sociales. La concentración de la riqueza y el debilitamiento de las redes de seguridad social pueden comprometer el tejido democrático, alimentando el descontento popular y socavando la cohesión social. Además, el aumento de estas desigualdades suele ir acompañado de una falta de respeto por los derechos humanos, incluidos los ataques a las minorías y la erosión de las instituciones democráticas.

Estas tendencias representan serios desafíos para el mantenimiento de sociedades justas y libres en la región. Recientemente leí en la página web de la Sociedad Brasileña para el Progreso de la Ciencia (SBPC) una interesante declaración de Lucas Ribeiro Mesquita, profesor de Relaciones Internacionales e Integración en la Universidad Federal de Integración Latinoamericana (Unila):

Fortalecer la democracia es aumentar la participación democrática. En el momento en que esta participación se debilita, se produce una pérdida de ingreso de estas personas al Estado. Como resultado, hay una tendencia a empezar a producir políticas públicas dirigidas a los grupos que tienen acceso.⁵

Según el artículo, una respuesta primordial a estas amenazas es la educación política. Mejorar la educación ciudadana sobre los principios democráticos, los derechos humanos y los mecanismos de participación cívica es esencial para crear una base sólida para las democracias latinoamericanas. Promover el diálogo, la tolerancia y el respeto a las diferencias también juega un papel central en la construcción de sociedades democráticas.

Lo señalado fundamenta la importancia actual de la profundización de conocimientos y de creación de instancias de capacitación respecto a los derechos humanos y los principios democráticos en nuestra región.

En ese marco, celebramos las actividades de cooperación que se vienen generando entre la Universidad Nacional del Oeste, el Consorcio Latinoamericano de Derechos Humanos y la Escuela de Formación de Magistrados de Brasil. Este año, a partir de la suscripción de un convenio de colaboración, se formalizó la participación de nuestros becarios en la "Diplomatura superior en desafíos actuales para los derechos humanos en Latinoamérica". Un hecho que ha de ser el puntapié inicial para diversas actividades que podremos proyectar en el futuro.

III - LA RELEVANCIA DE LA CAPACITACIÓN DE MAGISTRADOS

En esta instancia me interesaría mencionar las facultades que la Constitución de Brasil le otorga al Poder Judicial y la importancia, en relación con ello, de la labor de la Escue-

⁵ Disponible en: <https://portal.sbpnet.org.br/noticias/ameacas-a-democracia-na-america-latina/>.

la de Formación de Magistrados (ENFAM), institución que tengo la enorme responsabilidad de dirigir actualmente.

La Constitución brasileña de 1988 otorga al Poder Judicial la facultad de interpretarla y hacer cumplir sus principios y normas. Por lo tanto, la democracia en Brasil incluye un Poder Judicial cuyas características son la imparcialidad y la independencia.

Cuando este poder posee estas características, los ciudadanos tienen mayor confianza en que recibirán un trato justo e igualitario ante la ley, fortaleciendo así el estado de derecho democrático. En ese sentido, los jueces independientes pueden tomar decisiones basadas en la Constitución y las leyes, garantizando la igualdad de trato para todos, independientemente de su raza, religión o género.

Pero hay que tener en cuenta que ello solo existe cuando se cuenta con profesionales debidamente cualificados, lo que sin duda exige una sólida formación de los jueces.

En este contexto, el Poder Judicial desempeña un papel esencial, no solo como garante de la legalidad, sino también como agente activo en la construcción de una justicia accesible, efectiva y comprometida con los derechos fundamentales.

De ahí la importancia del rol que ejerce la Escuela Nacional de la Magistratura de Brasil. Fundada el 30 de noviembre de 2006, tiene como funciones:⁶

- Definir lineamientos básicos para la formación y el perfeccionamiento de los magistrados.
- Incentivar investigaciones, estudios y debates sobre temas relevantes para el perfeccionamiento de los servicios judiciales y de impartición de justicia.
- Fomentar los intercambios entre el sistema de justicia brasileño y el de otros países.
- Promover cursos que enfatizan la formación humanística.
- Habilitar y supervisar los cursos de formación para el ingreso y perfeccionamiento de la carrera judicial.

Como lo dije al asumir mis funciones en la ENFAM, en 2024, el desempeño del rol de director general de la Escuela significa asumir el compromiso diario de brindar un servicio público de calidad, garantizando que los jueces y juezas estén en permanente formación académica y humanística. Solo a través de una buena formación y perfeccionamiento de los conocimientos adquiridos, el Poder Judicial es capaz de brindar a la población un servicio más rápido, eficaz y humano. No hay calidad en ningún ámbito o actividad humana si no hay mejora, condición intrínseca de la excelencia esperada en el servicio público.

Con estas directrices, la ENFAM no solo organiza la formación jurídica nacional, sino que también actúa como vínculo entre la academia y la práctica judicial. Los proyectos que establecen alianzas con las diversas escuelas judiciales ya sean federales, estatales

⁶ Disponible en: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/cartilha-Enfam_ESPANHOL-maio-2019-site.pdf.

o internacionales, promueven el intercambio de buenas prácticas, centradas en la mejora de las actividades judiciales. Esto incluye promover el intercambio y la descentralización del conocimiento, favoreciendo el acceso universal a los cursos, con énfasis en plataformas de tecnología de la información que no requieran la interrupción de las actividades judiciales.

Además, hay una búsqueda constante para fortalecer la integración entre las diversas regiones brasileñas, promoviendo un Poder Judicial más conectado con las realidades locales y nacionales.

La Escuela Nacional tiene como principio fundamental la formación de jueces preparados técnica y humanísticamente para afrontar los retos contemporáneos. Para ello, define las directrices básicas de la enseñanza, promueve estudios, fomenta los debates académicos y favorece los intercambios entre los distintos sistemas judiciales. También trata de integrar cuestiones humanísticas y sociales en sus programas de formación, reconociendo la relevancia de temas como la igualdad de género, los derechos humanos y la lucha contra la discriminación.

Al invertir continuamente en la formación y el desarrollo de jueces y funcionarios, fomenta la construcción de un sistema judicial que combine eficacia, humanidad y accesibilidad. Esta dedicación no se limita a la transmisión de conocimientos técnicos, sino también al desarrollo de habilidades que fomenten la empatía y la sensibilidad, esenciales para un sistema judicial al servicio de todos los ciudadanos.

Por otro lado, ha de tenerse presente que las demandas de la sociedad son cada vez más complejas y diversas, y exigen respuestas que combinen rigor metodológico, innovación e impacto práctico.

En este contexto, las actividades educativas que ofrece la ENFAM –que incluyen formación inicial, formación de formadores y formación continua a distancia, presencial o híbrida– tienen la responsabilidad de generar no solo teóricos, sino profesionales capaces de enfrentar retos concretos y proponer soluciones que generen beneficios reales para el sistema de justicia y la sociedad en su conjunto.

Respecto a la calidad de la metodología, entendemos que es la base de cualquier producción académica. En los programas profesionales, esta calidad debe ajustarse a las necesidades prácticas del mundo jurídico. Necesitamos reflexionar sobre cómo adaptar e innovar las metodologías para que sean efectivamente aplicables a la vida cotidiana de los profesionales del derecho, jueces, funcionarios y otros agentes implicados en la construcción de la justicia.

El impacto social, a su vez, es la medida más concreta del valor de nuestras producciones académicas. Es esencial que nos preguntemos constantemente si nuestras investigaciones, tesis y proyectos están transformando realmente la sociedad. Creo que nuestro papel es garantizar que los conocimientos producidos no se limiten a los muros

de las universidades y las escuelas judiciales, sino que lleguen a las comunidades, influyan en las políticas públicas y refuercen las instituciones democráticas.

Estas reflexiones son fundamentales para que podamos seguir avanzando en la calidad de nuestros cursos y en el impacto positivo que generamos.

Me enorgullece decir que, para alcanzar este objetivo, la formación en derechos humanos forma parte del módulo nacional de formación inicial de los magistrados brasileños.

IV - PARA CONCLUIR

En Brasil la formación judicial en derechos humanos ha sido un eje estratégico para garantizar que nuestros jueces actúen en consonancia con las normas internacionales y las mejores prácticas en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales.

Definitivamente, el Poder Judicial contemporáneo ya no puede limitarse a un conocimiento estrictamente técnico de las normas nacionales.

El juez del siglo XXI debe estar preparado para afrontar los complejos retos de la globalización del derecho, el diálogo entre tribunales nacionales e internacionales y la incorporación de estándares normativos internacionales a los ordenamientos jurídicos internos, garantizando que nuestra jurisdicción se ajuste a las directrices globales de protección de los derechos fundamentales.

Frente a los desafíos contemporáneos, ya no podemos concebir un Poder Judicial aislado de las normas y principios internacionales de protección de los derechos humanos. El Poder Judicial brasileño tiene el deber de actuar de forma sensible, cualificada y comprometida con la dignidad humana, la igualdad y la justicia social.

Sigamos firmes en este compromiso, construyendo un Poder Judicial cada vez más preparado para los retos de hoy y para la defensa intransigente de los derechos fundamentales.

LAS DECISIONES DEL PODER JUDICIAL COMO MEDIO PARA CONSOLIDAR LA DEMOCRACIA

Por Daniel Oscar Posse¹

Poder Judicial de la provincia de Tucumán, Argentina

Resumen: El presente trabajo constituye una aproximación analítica orientada a poner en valor la trascendencia del Poder Judicial en la consolidación del sistema democrático, poniendo foco en su faceta institucional y en las decisiones enmarcadas en el ámbito del gobierno judicial.

I - INTRODUCCIÓN

El Poder Judicial desempeña un rol fundamental en la consolidación de la democracia a través de sus decisiones de política institucional o gobierno judicial, las que se adoptan como cabeza de un poder del Estado, más allá de otras que resuelve en específico, en cada conflicto que las personas traen a conocimiento, cada uno de los magistrados y magistradas.

Definiremos el gobierno judicial como el conjunto de decisiones adoptadas desde la cúspide del Poder Judicial orientadas a la organización interna del sistema de justicia, incluyendo la gestión de sus recursos humanos y económicos. Es fundamental comprender que estas decisiones deben tomarse como poder estatal para bregar y conseguir cumplir los objetivos que el Estado argentino tiene en términos constitucionales. En este sentido, el gobierno judicial implica asumir un rol activo en la promoción y garantía de los derechos fundamentales, así como en la construcción de condiciones institucionales que favorezcan el desarrollo con equidad de toda la población conforme a nuestro contrato constitucional.

Hay algunas verdades que no son cuestionables: el Poder Judicial constituye uno de

¹ Abogado (Universidad Nacional de Tucumán). Juez de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Presidente del Consejo Asesor de la Magistratura de Tucumán. Director del Instituto de Ciencias Políticas de la UNT. Profesor adjunto de la Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho (UNT). Miembro del Consejo Federal de Derechos Humanos. Representante de la provincia de Tucumán ante el Consejo del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y ante el Consejo del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI).

los tres poderes del Estado dentro del esquema republicano argentino, que es contramayoritario; y, en términos de objetivos o funciones, considero que es el principal responsable de hacer cumplir la ley. Además, posreforma constitucional de 1994, asumió un rol central como garante de un derecho humano fundamental: el acceso a la justicia. Sin embargo, suele pasar desapercibida su relevancia en el fortalecimiento y la consolidación del sistema democrático.

Sin ánimo de formular una hipótesis con pretensión de científicidad estricta, puede sugerirse que la tradicional calificación del Poder Judicial como un poder contramayoritario ha contribuido a empañar su trascendencia en la consolidación democrática y en la ampliación efectiva de derechos. Esto, claro está, si se parte de una concepción de la democracia que trasciende la dimensión procedimental y se entiende como un sistema en donde el Estado tiene la responsabilidad de garantizar la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas que están bajo su jurisdicción. Esta garantía se constituye como presupuesto para que las personas puedan ejercer su derecho a decidir en igualdad y libertad quién debe gobernar.

Es ampliamente conocido que las sociedades con mayor desigualdad, donde amplios sectores enfrentan graves deficiencias en materia de acceso a derechos básicos, tienden a experimentar un mayor número de conflictos. Es que, mientras algunos se apoyan en un argumento tan sólido como el de la *dignidad humana* para acceder a la distribución de los bienes generados por el *desarrollo* y presentan sus demandas, otros consideran que no deberían ver disminuidos sus recursos ni recibir una menor porción de esos beneficios en razón de una redistribución de los privilegios. Es sobre esa tensión inherente a las desigualdades sociales que las instituciones democráticas funcionan.

Estas tensiones también se explicitan judicialmente, y se requiere de una intervención del Poder Judicial, como instancia de resolución pacífica de conflictos entre derechos emergentes y derechos históricamente reconocidos. Resolver los conflictos que se presentan ante la Administración de justicia compatibilizándolos con el despliegue de su contexto, sin fracasar en el intento, no ha sido fácil para ninguno de los poderes estatales a nivel provincial, como tampoco nacional. Hoy en día, los problemas derivados de una economía que empuja a un gran sector por debajo de la línea de pobreza pueden ubicarse en relación con elecciones caracterizadas por altos niveles de ausentismo y una creciente crítica a la política como respuesta a estas problemáticas. En cuanto que poder contramayoritario, el Poder Judicial también se encuentra lejos de ser percibido como una reserva moral; no está exento de críticas y descrédito por parte de la población. Sin embargo, se debe decir con todas las letras: es central para fortalecer la democracia.

II - EL PODER JUDICIAL COMO MOTOR DE UNA DEMOCRACIA INCLUSIVA

El Poder Judicial ocupa un lugar central en la estructura institucional del Estado en lo que respecta a la construcción de una democracia más inclusiva y equitativa. No solo en la dimensión de garantizar derechos y resolver de manera adecuada los conflictos particulares teniendo como marco el esquema normativo argentino, sino también al generar políticas que abonen la función estatal de involucrarse activamente asumiendo un compromiso en la garantía del desarrollo de toda la comunidad desde su ámbito de competencia.

Esta afirmación, lejos de ser una formulación teórica, encuentra sustento empírico en varias decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos veinte años, las que se alinean de manera consistente con los principios que surgen de la Constitución nacional. Entre las más destacadas pueden hallarse la implementación de políticas de transparencia institucional, la creación de áreas específicas de apoyo destinadas a atender necesidades de grupos históricamente en condición de vulnerabilidad –como mujeres, niños y niñas o personas con discapacidad–, así como la adopción de diversos mecanismos que restringen la discrecionalidad en el ejercicio del poder, como el sistema de ingreso al Poder Judicial mediante concursos públicos, conocido como Sistema de Ingreso Democrático e Igualitario, entre otros.

Ahora bien, en línea con lo mencionado, me gustaría centrarme en la decisión que en su momento tomó la Corte Suprema de Justicia de Tucumán de habilitar, dentro del sistema de ingreso al Poder Judicial mediante concurso, un cupo para personas con discapacidad y, luego, uno para personas travestis, transexuales y transgénero. Adoptada en 2020, tuvo la trascendencia de ser la primera medida con esas características realizada por un Poder Judicial en el país.

En ese momento, tal como lo enuncia la Acordada 74/2020, la Corte analizó que

de acuerdo a los compromisos asumidos internacionalmente en materia de derechos humanos, el Estado tiene las obligaciones generales de respetar, proteger y hacer cumplir los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Estas son obligaciones que parten de la idea de entender que existen atributos inviolables en la persona humana, que no pueden ser vulnerados en el ejercicio del poder público. Pero además, que se deben organizar las estructuras a través de las que se manifiesta este poder público para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, sin discriminación alguna. En este sentido, el Poder Judicial –en tanto poder del Estado– no se encuentra exento de la observancia de dichos compromisos.

Que nuestra Constitución Nacional recepta la noción de igualdad material (artículo 75 inc. 23), como una evolución del concepto clásico de igualdad como prohibi-

ción de discriminación. Es decir que el derecho a ser tratado igual exige, por un lado, un trato no arbitrario por parte del Estado, pero también exige que, en caso de existir situaciones de exclusión de grupos de manera estructural y sistemático, el Estado no puede actuar como si ellas no existieran.

Esta decisión y el correspondiente análisis no surgieron de forma espontánea. Para arribar a tal razonamiento, la Corte provincial contó con el respaldo del informe elaborado por un organismo de apoyo institucional creado hace cinco años: la Oficina de Derechos Humanos y Justicia. Dicha dependencia relevó que tanto los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendieron que el colectivo LGBTTIQ+ es uno de los grupos histórica y sistemáticamente excluidos en toda la región. Asimismo, puso a disposición un estudio de la Organización Internacional del Trabajo que reveló que quienes encuentran mayores dificultades para acceder al mundo laboral son las personas trans, y que en Argentina más del 90 % de esta población está excluido del mercado formal de trabajo. Se trata del colectivo que reporta la mayor inestabilidad laboral –el Estado también les ofrece contratos de muy poca estabilidad– y al que se invisibiliza en el ámbito laboral, sea público o privado.

Esta decisión se fundamenta en la obligación constitucional del Estado de adoptar acciones que promuevan la igualdad. Estas acciones buscan revertir situaciones de exclusión estructural y encuentran sustento explícito en el inciso 23 del artículo 75 de nuestra Constitución nacional, que faculta al Congreso a legislar y promover medidas de acción positiva a favor de grupos vulnerables.

Por ello, en el ejercicio del gobierno judicial, el tribunal superior que tengo el honor de integrar estableció un sistema de ingreso democrático diferenciado, destinado a la inserción laboral de personas trans y travestis mayores de dieciocho años que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo, debiendo incorporar como mínimo una persona en cada ingreso y, como máximo, un 1 % del total de ingresos anuales a planta permanente e interina, hayan o no accedido al cambio registral establecido en la Ley 26.743 de Identidad de Género. Y, para implementar esta medida, se contó con el respaldo de oficinas especializadas con capacidad técnica para abordar el proceso de manera progresiva y conforme a los principios de legalidad y no discriminación, recomendando incluso la implementación de los ajustes razonables para garantizar su adecuada ejecución.

Esto implica un acto de reconocimiento en el plano político que se plasma o concreta en el plano jurídico y se operativiza a través de la actuación concreta de integrantes del Poder Judicial, lo que produce impacto en distintos niveles del orden institucional y social. Es esta dimensión operativa la que incide en su efectiva materialización y, sobre todo, en la potencialidad transformadora en términos de ampliación de derechos.

III - DERECHOS HUMANOS SIN FRONTERAS

En esta instancia vale la pena resaltar la relevancia de la incorporación de las normas de derechos humanos al marco constitucional argentino (art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional). En términos generales, el derecho internacional de los derechos humanos establece las condiciones necesarias para procurar que las personas gocen de los mismos derechos, asegurando así un piso común que trasciende las fronteras estatales. Así, junto con las múltiples decisiones que ha adoptado la Corte IDH, se han forjado buenos antecedentes que permitieron mejorar las herramientas de los distintos grupos que promueven y reivindican estos derechos en sus respectivas comunidades para mejorar sus condiciones de vida. Estos avances han contribuido a ampliar el margen de actuación de la Corte Suprema de Justicia para avanzar en una interpretación progresiva y transformadora de los derechos humanos.

Desde el caso "Atala Riffo vs. Chile"² hasta la fecha, en los últimos veinte años el máximo tribunal regional en materia de derechos humanos ha abordado aspectos fundamentales relacionados con la orientación sexual, la identidad de género y la categoría *género*, así como la prohibición de discriminación, el respeto a la autopercepción y la promoción del reconocimiento social. A través de su jurisprudencia, ha establecido la responsabilidad de los Estados en la adopción de medidas para garantizar la protección contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género.

En el fallo mencionado, uno de los primeros casos relevantes en este ámbito, la Corte IDH estableció que tanto la orientación sexual como la identidad de género se encuentran incluidas en la expresión "otra condición social" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contenida en el artículo 1º inc. 1. A partir de ello, les otorgó el carácter de "categorías sospechosas", lo que implica que cualquier distinción basada en ellas debe ser sometida a un escrutinio estricto por parte de los Estados.

Respecto de las identidades sexodisidentes, en la Opinión Consultiva OC-24/17, la Corte IDH respondió acerca de la posibilidad de reconocimiento de derechos humanos en cabeza de personas que los ven afectados por tener una orientación sexual desacreditada socialmente, una identidad de género diferente a la asignada al nacer, o simplemente por no identificarse con ningún género, y descartó de plano toda duda sobre su calidad de sujetos amparados por el derecho internacional de los derechos humanos, afirmando que incluso la "expresión de género" es una categoría protegida por la Convención y estableciendo expresamente que

ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo algu-

²Corte IDH, "Atala Riffo y niñas vs. Chile", 24 de febrero de 2012.

no, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género.³

En el caso "Flor Freire vs Ecuador" la Corte desarrolló el concepto de *discriminación por percepción*, es decir, por permitir que se inscriba a alguien en una categoría, más allá de las condiciones de esta persona o de sus propias visiones sobre sí. La define como la discriminación que tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento de derechos humanos y libertades fundamentales debido a la reducción de la persona "a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. Esta disminución de la identidad se concreta en un trato diferenciado y así, en la vulneración de los derechos de quien lo sufre".⁴

En el caso "Azul Rojas Marín y otra vs. Perú", la Corte IDH reconoció también la discriminación estructural que las personas LGBTTIQ+ padecen en sus propias comunidades, y sostuvo: "La Corte Interamericana ha reconocido que las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales".⁵ Lo que se vincula con la Opinión Consultiva OC-24/17, donde además requirió que se avanzase en revertir la situación, al afirmar que "no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido" (p. 38).

Así, la Corte IDH ha tenido la oportunidad de relacionar el derecho a la personalidad jurídica –reconocido en el artículo 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– y el derecho al nombre, con la expresión de la identidad sexual y de género, y pedir que los Estados garanticen esto.

La Corte ha tenido la lamentable tarea de reconocer las formas de violencia que se ejercen contra las personas LGBTTIQ+ y la impunidad que las facilita. Los casos "Vicky Hernández y otras vs. Honduras" –referido al homicidio de una mujer trans–⁶ y "Azul Rojas Marín" –ya mencionado– son ejemplo de estas problemáticas, donde la Corte ha sostenido que el Estado, en su calidad de garante de la pluralidad de derechos, debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas.

En conclusión, a través de estos casos, cuya plataforma fáctica dista mucho de ser ex-

³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, p. 82.

⁴ Corte IDH, "Flor Freire vs. Ecuador", 31 de agosto de 2016, p. 36. En este caso, un funcionario militar fue sancionado al suponersele una relación homosexual.

⁵ Corte IDH, "Azul Rojas Marín y otra vs. Perú", 12 de marzo de 2020, p. 26. Caso relativo a una mujer que fue detenida y, por su condición de lesbiana, fue víctimas de delitos de odio.

⁶ Corte IDH, "Vicky Hernández y otras vs. Honduras", 26 de marzo de 2021.

cepcional en nuestras realidades, la Corte IDH identificó que desde la visión del derecho internacional de los derechos humanos los Estados son responsables de generar las condiciones para que en nuestras comunidades las personas trans lleguen a ver respetado su derecho a la identidad, reconociendo el libre desarrollo de su personalidad y del derecho a la vida privada.

En su Opinión Consultiva OC-24/17, la Corte afirma que "el reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas que se encuentra protegido por la Convención Americana en sus artículos 7º y 11 inc. 2" (p. 49), y que se encuentra ligado "al concepto de libertad, a la autodeterminación y a escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones" (p. 46).

Y reconoce que:

el sexo, el género, así como las identidades, las funciones y los atributos contruidos socialmente a partir de las diferencias biológicas derivadas del sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. (pp. 49-50)

Y por ello, es lógico que establezca que "el reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans", incluyendo la protección contra las violencias que esta población padece, para que "puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho el resto de las personas" (p. 50).

IV - PALABRAS FINALES

La medida implementada por la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán representa mucho más que una decisión administrativa. Constituye la puesta en práctica del mandato constitucional y convencional de fortalecer y bregar por la vigencia efectiva de los derechos humanos de todas las personas. Lo significativo de esta acción radica en que es una decisión de gobernanza del Poder Judicial y no una resolución de una causa judicial concreta.

En este sentido, entiendo que la Corte que integro ha asumido con claridad el potencial del cambio social que el Poder Judicial puede y debe ejercer en contextos donde persis-

ten desigualdades estructurales. Al adoptar decisiones que promueven condiciones de igualdad real, inclusión y reconocimiento, deja de ser meramente un garante del *statu quo* para convertirse en un agente activo en la consolidación de una democracia más sustantiva, plural y participativa.

LOS GÉNEROS EN LAS PRISIONES BONAERENSES. ¿MUCHA TELA QUE CORTAR?

Por Karina Paola Dib¹

Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, Argentina

Resumen: El objetivo del presente trabajo es analizar las circunstancias que deberían ser consideradas al abordar la ejecución de la pena en los casos donde se encuentran implicadas mujeres cis, trans y travestis, muchas de las cuales han sido encarceladas a partir de la ley de tenencia de estupefacientes.

I - INTRODUCCIÓN

La sobrepoblación carcelaria que se observa en las prisiones bonaerenses es una realidad que existe desde hace varios años,² y algunas de sus causas han sido descritas desde los más altos niveles jurisdiccionales de la provincia.³

La cuestión involucra seriamente la vulneración de los derechos individuales de las personas privadas de la libertad y expone la responsabilidad de la República Argentina ante la jurisdicción internacional.

Tan grave es la problemática, que, en palabras de la propia Suprema Corte provincial, ha sido calificada como constitutiva de "un estado lesivo e inconstitucional",⁴ a tal punto que ya ha merecido dos intervenciones relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido precedente "Verbitsky",⁵ cuya implementación de manera partici-

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Administración de Justicia. Defensora general de Zárate-Campana. Miembro del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires.

² En el período 2020-2024, el aumento de la población carcelaria fue del 21 %, según el informe de la APCS –autoridad de aplicación creada por la SCBA para cumplir con la sentencia "Verbitsky"–. Asimismo, la provincia observa una tasa de detención que supera la nacional. Véase: <https://apcs.scba.gov.ar/>.

³ SCBA, "Altuve, Carlos Arturo –Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal s/ queja en causa Nro. 102.555 (*habeas corpus* colectivo y correctivo) y su acumulada Nro.102.558 (*habeas corpus* colectivo y correctivo) del Tribunal de Casación Penal", 5 de mayo de 2020, disponible en: https://www.scba.gov.ar/_paginas.asp?id=45492; Tribunal de Casación Penal bonaerense, Documento sobre las condiciones de detención en la provincia de buenos aires (RC. 2301/18), 10 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.scba.gov.ar/paginas.asp?id=43917>.

⁴ SCBA, "Verbitsky Horacio - representante de Centro de Estudios Legales y Sociales s/ *habeas corpus*. recurso de casación", disponible en: https://www.scba.gov.ar/apcs/Sentencia_P83909.pdf.

⁵ CSJN, "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ ha-

pativa entre distintos actores está liderando la Suprema Corte bonaerense en lo que llamó el Programa de Cumplimiento de la Sentencia, que se encuentra en pleno trámite.⁶

En este marco, el objetivo del presente trabajo será realizar un análisis centrado en un universo de casos específicos: la creciente cantidad de mujeres cis, trans o travestis privadas de la libertad en prisiones bonaerenses, que en gran parte se encuentran encarceladas debido a conductas tipificadas por la Ley 23.737 de Tenencia de estupefacientes.⁷

Desde un posicionamiento sostenido por la praxis, ejerciendo la defensa técnica dentro del sistema público de defensa bonaerense, la intención será acercar algunas reflexiones sobre las características de quienes integran este colectivo de mujeres, sus historias de vida, el modo en que se vinculan con la actividad ilegal mencionada y el tratamiento que el sistema de justicia les brinda.

Una evaluación consolidada de los casos particulares da cuenta, como hilo conductor, no solo de la desigualdad estructural de las mujeres en la sociedad –y la discriminación sucedánea que sufren en la satisfacción de sus derechos individuales–, sino, además, de la desventaja particular de este grupo, en cuyas experiencias de vida coinciden varias circunstancias de vulneración social, a las que el sistema de justicia viene a sumar la privación de la libertad.

En anticipo de la conclusión, el detalle de las realidades que a continuación se describen parece evidenciar ciertos desajustes en el comportamiento de los operadores públicos que resulta necesario visibilizar a fin de actuar mediante políticas públicas acordes a cada responsabilidad específica.⁸

II - INCREMENTO DE MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD EN CÁRCELES BONAERENSES

Si bien la participación de mujeres cis, trans o travestis en actividades delictivas suele ser secundaria y de proporción menor, la cantidad de ellas que actualmente se encuentra privada de la libertad en cárceles bonaerenses ha venido incrementándose en el último tiempo; en nuestro caso, de manera sostenida y con una prevalencia importante por los comportamientos prohibidos por la ley de estupefacientes de jurisdicción ordinaria.

beas corpus", 3 de mayo de 2005, disponible en: <https://www.saij.gob.ar/descarga-archivo?guid=rstuvwfa-llos-comp-uest-o05000319pdf&name=05000319.pdf>; "Recurso de hecho deducido por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires en la causa Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", 13 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.saij.gob.ar/descarga-archivo?guid=rstuvwfa-llos-comp-uest-o21000099pdf&name=21000099.pdf>.

⁶ Véase: <https://apcs.scba.gov.ar/>.

⁷ Ley que modifica el Código Penal en materia de estupefacientes y que a su vez es modificada por la Ley nacional 26.052. La provincia de Buenos Aires, por la Ley 13.392, adhiere a la segunda.

⁸ En línea con el mandato legal de especial protección de la mujer: Ley 26.485, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 23.179), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará" (Ley 24.632), Recomendaciones del MESECVI (Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará).

Según lo expresa la Suprema Corte, mediante el informe que respecto del período 2022-2024 presentó la APCS ante el máximo tribunal nacional en el proceso de implementación de la sentencia "Verbitsky":⁹

Si se efectúa un análisis de stock de la población detenida al 31 de diciembre del año 2023, se observa que se encontraban privadas de la libertad un total de 7.567 personas por delitos vinculados con la ley N° 23.737, de las cuales 1.647 –alrededor del 20%– eran mujeres.

Las réplicas departamentales de este fenómeno resultan similares.¹⁰

Asimismo, respecto de las personas trans y travestis, una primera mirada interinstitucional focalizada que tuvo inicio en el año 2020 ha arrojado que, del total de ellas que se encontraban alojadas en el sistema penitenciario bonaerense, el 69% obedecía a hechos en infracción a la Ley 23.737.¹¹ Esta observación, proveniente de los datos estadísticos, que se suma a la condición de "primarias" –pues carecen de antecedentes penales o vínculos previos con el sistema de justicia penal– y de "no violentas", muestra una singularidad que justifica una atención especial sobre este grupo.

Sin marginar los loables objetivos del legislador nacional –mediante la sanción de la Ley 26.052– y provincial – por medio de la Ley 13.392– en relación con la desfederalización de competencias respecto al delito de "narcomenudeo", lo cierto es que en el caso de la provincia de Buenos Aires ha generado como resultado un considerable incremento en el número de mujeres cis, trans y travestis presas, quienes en su mayoría toman contacto de modo inédito con el sistema de administración de justicia penal bonaerense. En pos de fortalecer las herramientas legales para posicionar más favorablemente al Estado en la lucha contra el narcotráfico como modalidad de delincuencia organizada –y también como respuesta a los compromisos internacionales que al respecto viene asumiendo nuestro país–, la política de seguridad implementada en una coyuntura socioeconómica desfavorable como la de nuestra provincia y el posterior tratamiento de los casos por el sistema de justicia ha impactado de manera negativa.

Se habla de "narcocriminalidad" para aludir a conductas que involucran la producción, el tráfico y la comercialización de sustancias estupefacientes y delitos conexos, en las que participan varias personas de manera organizada en verdaderas "empresas criminales", en la mayoría de los casos con presencia y actividad transnacional, que se estructuran bajo distintos niveles jerárquicos de intervención, decisión y responsabilidad.

⁹ Disponible en: <https://apcs.scba.gov.ar/informe-apcs-2022-2024/>.

¹⁰ En el Departamento Judicial de Zárate Campana, el crecimiento de mujeres asistidas por la Defensa Pública ha sido exponencial, y actualmente el 54% obedece a infracciones a la Ley 23.737.

¹¹ Informe producido por la submesa "Personas trans prisionizadas", derivada de la Mesa de Diálogo Interinstitucional creada mediante el artículo 12 de la Resolución 3341/19 de la SCBA y puesta en marcha el 5 de agosto de 2020. Disponible en: <https://www.defensorba.org.ar/pdfs/informe-submesa-personas-trans-prisionizadas.pdf>.

La Ley 23.737 detalla varias de las conductas ilícitas que conformarían la denominada “cadena del comercio de estupefacientes”,¹² y la provincia de Buenos Aires, en virtud de las leyes de desfederalización antes referidas, ha decidido asumir la investigación y el juzgamiento de algunas vinculadas con el “comercio menor” de estupefacientes, exceptuando la regla de la jurisdicción federal.¹³

La acusación por la que las mujeres que analizamos suelen atravesar los procesos penales alude al delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, descrito en el artículo 5º.c de la Ley 23.737. A través de esta figura se ven expuestas a la pérdida, el sufrimiento y la privación de libertad. Con frecuencia, por primera vez y durante todo el trayecto temporal de su condena –cuyo mínimo parte de los cuatro años de prisión–, quedan fuera de la posibilidad de obtener una pena de ejecución condicional¹⁴ –aun cuando se trata de su primer delito–, sin poder acceder tampoco, luego, durante la ejecución de la condena de prisión real, a ningún nivel de progresividad.¹⁵

Las investigaciones muestran que la participación de estas mujeres se vincula, en general, con la venta de marihuana o cocaína al consumidor directo, solas o en conjunto con sus parejas u otro familiar directo, desde sus lugares de residencia o en combinación simultánea con sus labores –venta de comida casera, quiosco, confección o arreglos de ropa, en algunos casos también trabajo sexual, entre otras–; también, en ocasiones, en la vía pública.

El posicionamiento de rango inferior que detentan en la cadena comercial conlleva la fungibilidad de su participación dentro de la empresa criminal y la facilidad de su reemplazo al ser detenidas, hecho que, cuando ocurre, no suele provocar un perjuicio importante para el negocio ilegal ni riesgo alguno para sus máximos responsables, a quienes ni conocen.

En una gran parte, sus trayectorias vitales reflejan que son personas en condición de pobreza –en algunos casos, en niveles angustiantes–, que no han accedido al sistema público de educación formal, lo han abandonado o discontinuado, y que han sufrido dificultades para acceder al mercado laboral formal y a gozar de salario y vivienda dignos; esto último también aplica a sus entornos afectivos.

Particularmente respecto de las mujeres cis, se puede adicionar su condición de ma-

¹² La doctrina ha remarcado varias críticas. Pueden mencionarse, entre otras, la utilización de términos vagos, confusos y repetitivos, la falta de descripción de verdaderas “acciones” –especialmente respecto de la “tenencia” y el verbo “tener”–, el establecimiento de una única respuesta penal para distintas conductas a pesar de sus diferencias, en particular con elevados montos de pena mínimos.

¹³ Se trata de las figuras penales previstas en los artículos 5º.c y 5º.e de la Ley 23.737, cuando se comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor; el artículo 5º, penúltimo y último párrafo de la misma ley; los artículos 14, 29, 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater del Código Penal.

¹⁴ El artículo 26 del Código Penal, que regula la condena condicional, requiere montos penales que no superen los tres años de prisión.

¹⁵ Tienen cancelada la posibilidad de acceder a la libertad condicional al cumplir en detención los dos tercios del tiempo de condena (conf. art. 14 inc.10 del Código Penal, reformado por la Ley 27.375). Solo pueden acceder a la libertad asistida seis meses antes del agotamiento de la condena (art. 104 de la Ley 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense).

dres, que asiduamente conforman hogares monoparentales, sin ningún otro sostén adecuado,¹⁶ que soportan también tareas de cuidado reforzadas, pues tienen más de una persona a su cargo.¹⁷

Asimismo, sus relatos pueden contener historiales de violencia por parte de sus parejas o familiares cercanos, así como de consumo problemático de sustancias, que en ocasiones sostienen con esta actividad.

La situación de las mujeres trans o travestis es bastante similar, aunque con una vulnerabilidad de mayor magnitud, pues se trata de un grupo históricamente excluido y marginado desde el punto de vista social.

En sus recorridos, marcados por la falta de reconocimiento de su identidad de género, surge como denominador común la discriminación o el maltrato en sus hogares y círculos íntimos, de los que salen expulsadas, con la soledad y falta de sostén económico y emocional que eso conlleva. Por este motivo, además, abandonan la educación formal y carecen de receptividad en el mercado laboral, aun revistiendo la idoneidad necesaria.

En este marco, estas actividades aparecen como las escasas posibilidades de sustento económico. Lo cual torna a estas mujeres más sensibles a sufrir la violencia institucional, por el acoso y persecución que sufren por parte de las fuerzas de seguridad.

En resumen, indagando en las condiciones existenciales de las mujeres cis, trans o travestis detenidas en prisiones bonaerenses por conductas violatorias de la Ley 23.737, pueden concluirse varias circunstancias que las ubican en un alto nivel de vulnerabilidad social: pobreza, discriminación por su condición de género y marcos existenciales amenazados, que se agravan por su edad –son muy jóvenes o adultas mayores–, su situación de salud –porque ellas o sus entornos están enfermos, de forma crónica en ocasiones– o su condición de extranjeras ante la inmigración –a veces en condiciones de ilegalidad y con una falta de red familiar–.

Estas condiciones personales y el modo visible en el que realizan su actividad las ubican como candidatas predilectas del sistema penal, cuya matriz de funcionamiento selectivo suele absorber, en su mayoría, hechos de sencilla investigación y juzgamiento que involucran, además, a personas pobres de baja instrucción.

Pasando revista de los procesos que las involucran, puede concluirse que con frecuencia no evidencian grandes investigaciones criminales,¹⁸ salvo casos muy excepcionales; y su juzgamiento se produce, en su mayoría, mediante salidas negociadas diferentes al juicio oral y público, las cuales, es sabido, gozan de una opacidad importante.¹⁹

¹⁶ Reciben una ayuda estatal que pocas veces resulta suficiente.

¹⁷ Pueden ser hijos o hijas, personas adultas mayores o con discapacidad.

¹⁸ Véase el Informe en materia de estupefacientes (2023) que publicó el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, en: <https://www.mpba.gov.ar/files/informes/Informe%20Estupefacientes%202023.pdf>.

¹⁹ Deben recurrir al juicio abreviado, en el cual no se plantea discusión alguna, pero encontrándose detenidas, les garantiza un monto de condena en los mínimos previstos.

Desde el punto de vista del impacto que conlleva su detención para la actividad criminal, no se observa un efecto relevante, pues, de principio, no desencadena el descubrimiento de redes complejas de criminalidad, no se activan con la asiduidad esperable los contactos interjurisdiccionales respectivos y tampoco resultan requeridas como fuentes de información en el marco de técnicas de investigación más complejas.

Tal indiferencia para esta actividad no aplica, sin embargo, para cada una de ellas y sus entornos una vez que resultan detenidas e ingresadas al sistema de justicia penal.

Si bien toda privación de la libertad es un evento esencialmente dañoso para cualquier persona que la sufre, la experiencia adquiere connotaciones particulares en el caso de mujeres, quienes suelen padecerla de un modo más perjudicial que el varón; más aún cuando ello se cruza con otras circunstancias de vulnerabilidad social. Por este motivo, la comunidad internacional viene señalando en distintos documentos y decisiones de organismos supranacionales acerca de las obligaciones específicas diferenciales que los Estados deben cumplir cuando de la privación de la libertad de mujeres y grupos vulnerables se trata.

En esa línea, es muy frecuente observar que las mujeres transiten el encierro en soledad, pues, a diferencia del varón, al ser detenidas resultan inmediatamente abandonadas por sus parejas, y, si reciben acompañamiento, suele ser encarnado por otras mujeres –madre, tía, cuñada, hermana, amiga o hija mayor de edad–.

En un contexto de encierro, el sostenimiento de los vínculos afectivos se torna difícil, sobre todo con hijos o personas a cargo, para quienes el evento también instala una nueva realidad familiar o social casi irreversible, aún luego de recuperar la libertad. A esto contribuye la lejanía de los establecimientos penitenciarios y el costo de los traslados, pues sus allegados también pertenecen a grupos socioeconómicos bajos.

Asimismo, sufren más fuertemente la aprehensión inicial –por el manejo violento de las fuerzas de seguridad– y observan estadías más prolongadas en comisarías o dependencias policiales al iniciarse los procesos judiciales, ante la falta de espacio en los establecimientos penitenciarios donde, al ser trasladadas, también gozan de una menor calidad de vida en relación con los varones: la estructura y servicios disponibles no responden en general a sus necesidades específicas, especialmente respecto de la atención integral de su salud e higiene personal e íntima. Para las mujeres trans y travestis este perjuicio es de mayor intensidad.

También las mujeres se encuentran en sí mismas más expuestas a la violencia institucional, pues el personal de seguridad no posee una capacitación adecuada y el perso-

²⁰ Véase el Informe anual 2024. El sistema de la crueldad XVIII, en <https://www.comisionporlamemoria.org/project/informes-anales/>.

²¹ Corte IDH, OC-29/22, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf; Reglas de Brasilia, disponibles en: <https://brasilial00r.com/wp-content/uploads/2020/07/Reglas-de-Brasilia-actualizaci%C3%B3n-2018.pdf>; Reglas de Bangkok, disponibles en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

nal femenino no siempre se encuentra disponible cuando es requerido, especialmente en revisiones médicas o de seguridad o en requisas, aun cuando son planificadas. En los ámbitos de atención de la salud o de procedimientos policiales, la "mujer presa" es destinataria de un mayor disvalor: de manera estereotipada, se la percibe como depositaria de ciertos valores sociales o culturales que la hacen "merecedora" de un mayor reproche moral por su decisión hacia el delito; mucho más si es madre. Esto se agrava en el caso de las personas trans y travestis, cuya identidad suele ser cuestionada y rechazada socialmente.

III - EL ESTADO COMO GARANTE DE DERECHOS Y CONDICIONES DE IGUALDAD

Los supuestos que venimos analizando, que tienen como protagonistas a las personas en condición de vulnerabilidad social, requieren necesariamente de un abordaje simultáneo y coordinado desde todas las órbitas públicas y sus respectivas competencias.

Desde el Poder Ejecutivo, en todos sus niveles de intervención, corresponderá operar sobre las condiciones socioeconómicas que las hacen más permeables a esta actividad ilegal. En particular, ello se vincula con medidas concretas que promuevan un adecuado acceso al trabajo, a una vivienda digna, a una adecuada atención de su salud y estrategias de apoyo en sus tareas de cuidado. En general, se trata de todas aquellas vinculadas con la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto propios como de sus entornos. Esto, en los niveles que sean necesarios de modo de prevenir que el Estado pueda ser sustituido en ese rol.

Los criterios de política criminal, comprensivos de aquellos que implementen la de seguridad, deberían ser revisados teniendo en cuenta las características de sus destinatarias.

En igual sentido, los programas que involucran el tratamiento penitenciario cuando las mujeres atraviesan el encierro. Especialmente deberían abarcar el acceso a documentación personal o ayuda estatal, estrategias para sostener los lazos familiares, acceso a programas de instrucción y formación laboral, acceso al trabajo, etcétera.

Desde los parlamentos, la tarea en sintonía debería incluir propuestas legislativas razonables que permitan contextualizar las decisiones judiciales a la realidad de este segmento poblacional particular.

En línea con lo que viene sosteniendo la comunidad internacional –con el fin de mitigar los efectos nocivos diferenciales que genera la prisión sobre este colectivo–, deberían ser revisadas las escalas penales previstas en estos casos, especialmente los montos mínimos, cuyas actuales modalidades de ejecución están destinadas en exclusividad a la prisión efectiva. También resultaría necesario diversificar las opciones de salidas alternativas a la prisión real, así como habilitar modos de contabilizar los tiempos de con-

dena de una manera más amigable con estas circunstancias de vulnerabilidad cuando el peso del encierro aparezca desproporcionado.

En todos los casos, se trataría de variantes que faculden a la judicatura a adecuar el reproche a la culpabilidad demostrada y, en su caso, al fin constitucional de la pena durante su ejecución.

Queda, por último, el papel especial de la Administración de justicia, pues la resolución de los casos demanda la mirada específica de los géneros involucrados y sus circunstancias personales.

Los hechos que se narran en los expedientes deben incluir la escenografía e historicidad en que estos ocurren y tal como lo viven las mujeres en particular.

Si bien el enfoque de género en el tratamiento de los conflictos judiciales ha venido imponiéndose con mayor desarrollo en la consideración de la "mujer víctima" y con menor intensidad cuando se trata de la "mujer acusada" o de la "mujer en las relaciones de familia" –cuando se sale del patrón socialmente construido–, cabe recordar que constituye un mandato constitucional que debe ser observado y aplicado en la consideración de la mujer en todo trámite judicial, independientemente del carácter que esta adquiera –denunciante, víctima, testigo o acusada–, y que tal obligación abarca a todo operador judicial sin perjuicio del rol que adquiera en el proceso.

Desde la imparcialidad del juez, el deber de objetividad del acusador público y el ejercicio de una asistencia técnica efectiva y eficaz desde el rol del abogado defensor, la mirada exige una metodología diferente. La dogmática penal aplicada y la teoría de la prueba consecuente debe partir de la consideración de los hechos de vida de las mujeres y sus contextos reales, para que sean sopesados y valorados sin prejuicios ni estereotipos y teniendo en cuenta la asimetría de poder existente.

Se trata de realidades que, inscritas en determinado orden político, social y cultural, deben facilitar el análisis más adecuado de todos los niveles de la teoría del delito –el análisis de la acción, la causalidad, la subjetividad, la justificación, la culpabilidad y el merecimiento de reproche– y también de los criterios de pertinencia y admisibilidad de la prueba y su valoración. Es que, en ocasiones, las mujeres solo estaban ahí, compartiendo el mismo espacio de residencia con el verdadero autor, pero sin realizar aporte alguno en la actividad ilegal ni tener comprometida su subjetividad.

En otros supuestos, por presentar historiales de violencia, los hechos ocurren en contextos de vida en que las mujeres solo pueden hacer lo que se les ordena. También suceden en condiciones de supervivencia de extrema necesidad, inclusive por padecer enfermedades propias o de sus allegados. Aquí la evaluación del curso de acción elegido requiere de una mirada distinta, tanto al analizar la prueba como al ponderar los bienes jurídicos en juego a la luz de la "colisión de deberes" del "estado de necesidad justificante" (art. 34 inc.3 del Código Penal). En igual sentido, cuando se evalúa la "inexigibilidad de otra conducta" como fundamento del estado de necesidad disculpante (art. 34 inc. 2 se-

gunda parte del Código Penal), ante hechos que se presentan en contextos de extrema vulnerabilidad social, económica, política y cultural demostrativos de que la persona adolecía de cursos de acción alternativos o que tenía seriamente comprometidas sus capacidades de autodeterminación.

Tales condiciones pueden llevar a sostener la existencia de una respuesta penal desproporcionada en función del nivel de culpabilidad demostrado y ante la pena legal prevista, aun en sus montos mínimos. También, luego, en su forma de cumplimiento, pues los padecimientos sufridos durante el encierro podrían justificar modos diferentes de contabilizar los días en prisión.

La prevalencia en los datos estadísticos muestra la necesidad de que los operadores de justicia profundicen estas lecturas, especialmente aquellos que ejercen la defensa de las mujeres en los procesos. Haciendo pie en documentos interesantes,²² son contenidos que, aun bajo formas de juzgamiento simplificadas –como el juicio abreviado al que suele recurrirse para resolver estos conflictos–, necesitan adquirir mayor volumen en la discusión procesal, especialmente mediante teorías del caso que integren estas realidades en las dimensiones fáctica, probatoria y jurídica que correspondan y las conecten, luego, con la solución jurídica del caso.

IV - CONCLUSIÓN

La considerable proporción de mujeres cis, trans y travestis que se encuentran actualmente privadas de la libertad bajo el sistema de justicia penal de la provincia de Buenos Aires, debido a comportamientos contrarios a la Ley 23.737, goza de una singularidad particular, lo que implica un desafío que las autoridades públicas deben abordar de manera integral y sincronizada, en respuesta a la mirada constitucional específica de protección de la mujer y trato igualitario a la que nuestro país se ha comprometido en los tres niveles del poder estatal.

En un marco de discursos agresivos contra quienes cometen delitos, y en contextos de legislaciones antiguas, arrastrando programas de formación jurídica de grado que han invisibilizado las vivencias de las mujeres en la concepción del derecho y su aplicación, no se trata de ir hacia propuestas de impunidad sino de dar cuenta del impacto que una determinada política pública ha venido teniendo sobre un grupo específico de personas, en este caso, mujeres en condición de vulnerabilidad social, que la privación de libertad viene a agravar.

²² A nivel provincial, la Guía para la investigación y el juzgamiento con perspectiva de género en materia de drogas (2022), de la Subsecretaría de Política Criminal, disponible en: <https://www.scba.gov.ar/instituto/generoyviolenciafamiliar/GUIA.pdf>. A nivel nacional, Narcocriminalidad y perspectiva de género. La perspectiva de género y enfoque interseccional en la persecución penal de la narcocriminalidad (2022), del Ministerio Público Fiscal, disponible en: https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/Documento_Editado458.pdf.

Esta circunstancia justifica una atención y un tratamiento especiales desde las competencias republicanas que corresponden a cada área de gobierno.

En esa lógica, sin perjuicio de las competencias del Poder Ejecutivo y del Legislativo, debido a la interpelación especial de la que goza el Poder Judicial en la protección de las personas y sus derechos frente al Estado, el llamamiento es prioritario para la administración de justicia. Ahí es donde, mediante la efectiva aplicación de una dogmática penal que, desde el fondo y las formas, integre como hechos relevantes de los procesos para la resolución de los casos los contextos de vida de estas mujeres y los ubique, libre de prejuicios y estereotipos, en los niveles que correspondan, se puede evitar juzgar como iguales a quienes no lo son; más aún cuando las involucradas padecen una desigualdad mayor.

Como vemos, respondiendo el interrogante inicial, hay en los géneros de las prisiones bonaerenses mucha tela que cortar.

HACIA LAS AUTONOMÍAS MUNICIPALES

Por María Fernanda Vázquez¹

Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina

Resumen: El municipio argentino, como institución política de base, enfrenta un proceso de construcción de su autonomía dentro del sistema federal. Aunque el artículo 123 de la Constitución nacional obliga a las provincias a reconocerla, su aplicación es dispar. La tensión entre modelos centralizados y el impulso a una verdadera autonomía –con capacidad normativa, política y tributaria– plantea desafíos clave para la gestión local y el equilibrio institucional entre Nación, provincias y municipios.

I - INTRODUCCIÓN

Como anunció Tocqueville en *La democracia en América* (1984), los municipios están destinados a ser los protagonistas del desarrollo social, político y económico. Además, de intervenir y solucionar problemáticas propias de su territorio, asumen responsabilidades de la gestión pública, tales como la prestación de servicios sociales, educativos, de salud, la búsqueda de inversiones y el impulso a la competitividad.

Resulta difícil establecer una definición de municipio que represente la diversidad de realidades locales existentes en nuestro país. Esto responde a que, en cada una de las provincias, adquieren diferentes configuraciones, tanto jurídicas como territoriales o poblacionales. Esto se complejiza, además, porque hay provincias que definen distintas categorías respecto de los municipios, que, en general, guardan estrecha relación con la cantidad de habitantes. Algunas identifican Gobiernos locales de una jerarquía menor al municipio, como departamentos, comunas, comisiones municipales o de fomento, incluso adjudicándoles relativa capacidad para elegir a sus autoridades y ejercer el poder.

En Argentina, según Losa (1998) y Zuccherino (1998), se pueden encontrar tres modelos de municipio:

¹ Abogada (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Decana de la Facultad de Derecho (UNLZ). Profesora titular de Teoría Constitucional. Consejera de la Magistratura de la Nación.

– Municipio ciudad: posee jurisdicción y competencia en el territorio de la ciudad sin ninguna área circundante. También puede afirmarse que la jurisdicción llega hasta donde el municipio presta servicios.

– Municipio partido: tiene jurisdicción y competencia en la ciudad y en la zona rural, cuyo límite es otro municipio. La ciudad principal es la llamada cabecera de partido, y en ella se instala la municipalidad. En el resto de las ciudades de esta misma jurisdicción funcionan delegaciones municipales.

– Municipio distrito: este tipo se encuentra entre los dos anteriores. La ciudad principal conforma el municipio y en las demás ciudades se forman comisiones vecinales elegidas por votación popular.

Cualquiera sea el modelo, todos los municipios tienen los tres elementos esenciales para la existencia de un Estado: territorio, población y poder.

En la Constitución nacional los municipios se encuentran comprendidos en los artículos 5º y 123, con dos modalidades diferentes: como “régimen municipal” y como “autonomía municipal”.

La Constitución originaria, sancionada en 1853, solo hacía referencia al régimen municipal, expresándolo así:

Cada provincia dictará para sí una constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones. (art. 5º, ratificado en 1860)

La interpretación de la frase “asegure el régimen municipal” dividió las posiciones doctrinarias: por un lado, en el sentido de “Municipio - Administración”; por el otro, el de “Municipio - Gobierno”.

El “Municipio - Administración” hace referencia a una institución cuyo trabajo encuentra centralidad en la solución de conflictos domésticos de la comunidad y presta servicios públicos locales. En esta postura podemos encontrar a los Dres. Miguel S. Marienhoff, Rafael Bielsa, Manuel M. Diez, Benjamín Villegas, entre otros, quienes coinciden en conceptualizar al municipio como un ente administrativo autárquico. Recordemos que la autarquía municipal constituye una descentralización administrativa subordinada a un poder superior.

Bielsa sostiene que el estado y el municipio son entidades con ámbitos de acción diferenciados, aunque no totalmente independientes. Mientras el Estado se ocupa de administrar los intereses generales de la sociedad, el municipio gestiona asuntos propios de su comunidad, que, indirectamente, también forman parte de los intereses generales.

El Dr. Adolfo Korn Villafañe creó en la ciudad de La Plata la Escuela Municipalista de La

Plata, desde donde surgió la "doctrina de la República Representativa Municipal" (Atela, 2004), que sostenía una amplia expresión de la autonomía municipal. En esta línea de pensamiento podemos encontrar a doctrinarios como Ricardo Zuccherino, Jorge Vanozzi, Antonio Hernández, Germán Bidart Campos y Horacio Rosatti, entre otros. Todos ellos afirman que, por su propia naturaleza, los municipios son autónomos.

Tomando la opinión del Dr. Rosatti,² el municipio como ente autónomo tiene que tener las siguientes facultades:

- Autonomatividad constituyente: dictar su propia norma fundamental.
- Autocefalía: determinar sus propias autoridades y sus formas de elección.
- Autarcía o autarquía: autosatisfacerse económica, administrativa y financieramente.
- Competencia propia: tener facultades de legislación, ejecución y jurisdicción.
- Autodeterminación política: no recibir presiones o controles políticos desde otros órganos o instancias gubernamentales. Sin esta facultad, no se podrían concretar las anteriores.

Por otra parte, durante muchos años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió al criterio que sostenían los doctrinarios administrativos, que posicionaban al municipio como un ente autárquico. En el año 1989, el alto tribunal modificó esta postura y en la causa "Rivademar"³ falló a favor de las autonomías municipales, superando la tesis autárquica. En el considerando octavo explicitó sus fundamentos mediante ocho notas, a saber:

su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas; la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entidades; la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, lo que tampoco ocurre con los entes autárquicos; el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas; el carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios (art. 33 del Código Civil, y especialmente la distinción hecha en el texto originario de Vélez Sársfield), frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos; el alcance de sus resoluciones, que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial, y no solo a las personas vinculadas, como en las entidades autárquicas; la posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios, ya que no parece posible que una entidad autárquica cree a otra entidad autárquica dependiente de ella; y la elección popular de sus autoridades, inconcebible en las entidades autárquicas.

²CSJN, "Municipalidad de General Roca s/ acción de inconstitucionalidad (Leyes provinciales 4.317 y 4.318)", 1 de junio de 2023, fallos 346:580.

³CSJN, "Rivademar, Ángela Digna Balbina Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario s/ recurso contencioso - administrativo de plena jurisdicción", 1 de enero de 1989, fallos 312:326.

Si bien estas notas delinear el criterio que da un pasaje a la autonomía municipal, en el considerando noveno afirmó que:

la necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el art. 5º de la Constitución determina que las leyes provinciales no sólo no puedan legítimamente omitir establecerlos, sino que tampoco puedan privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido.

Este precedente jurisprudencial dado por el más alto tribunal implicó consagrar al municipio como un "sujeto de naturaleza política" que debe tener un reconocimiento razonable de potestades y competencias, con la finalidad de lograr la satisfacción de las necesidades de su comunidad local.

En la reforma constitucional de 1994, el caso "Rivademar" tuvo una importante incidencia en la prescripción del artículo 123, que consagra la cláusula de la autonomía municipal. La manda constitucional que surge de dicho artículo es de excepcional importancia, pues establece la obligación de las provincias de asegurar tal autonomía, afirmando al municipio como una institución natural y necesaria, basada en relaciones de vecindad, de esencia política incuestionable y con la finalidad de lograr el bien común para la sociedad local.

Ahora bien, la Constitución deja al arbitrio de las provincias la adaptación de las autonomías municipales de conformidad con las realidades propias. Es decir, el alcance de esta autonomía va a estar reglado por cada una de las constituciones provinciales. Es por eso que la cuestión aún no está resuelta. Todavía estamos en un proceso que va direccionado "hacia las autonomías municipales". Incluso, algunas provincias establecen diferentes "grados" de autonomía.

En este sentido, el Dr. Rosatti (2020) sostiene que el estatus jurídico de un municipio responde a una cuestión constitucional federal, y su alcance y contenido es del ámbito del derecho público provincial. Nuestro sistema federal se caracteriza por tener una diversidad de caracteres institucionales que conviven en él, lo que hace necesario establecer espacios de concertación sobre los diferentes alcances que debe tener la autonomía municipal.

II - MUNICIPIOS Y AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL

En cumplimiento del artículo 123 de la Constitución, las provincias paulatinamente fueron consagrando explícitamente en sus constituciones la autonomía municipal, con sus diferentes singularidades, de acuerdo con el contexto de cada una de ellas. Las constituciones provinciales, en general, establecen que los municipios pueden dictar sus le-

yes orgánicas o cartas orgánicas, conforme a su población y territorio. Un caso que resulta particular y llamativo es el de la provincia de La Pampa, que declara la autonomía de sus municipios y no les otorga la autonormatividad, siendo reguladas por la Ley 1.597, Ley Orgánica de Municipalidades y Comisiones de Fomento, de 1995.

El progresivo avance en el reconocimiento de las autonomías municipales por la mayoría de las constituciones provinciales tiene su excepción en las constituciones de Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe. Esta última se encuentra llevando a cabo el proceso de reforma constitucional, y uno de los puntos en discusión es la declaración de autonomía municipal. Por su parte, la provincia de Buenos Aires modificó su Constitución en 1994, el mismo año que se reformó la Constitución nacional, y, sin embargo, no incorporó en su texto la autonomía municipal. Por esa razón, todos los municipios bonaerenses se rigen por la Ley Orgánica de las Municipalidades, Decreto-Ley 6769/1958, con modificaciones que datan de 1973 hasta 2024.

Frente al panorama descrito y los avances que experimenta la autonomía, con sus diferentes configuraciones, se deberán establecer e instalar debates, responsabilidades y desafíos para las agendas de la gestión municipal.

Uno de los debates más álgidos resulta la cuestión de los tributos. La potestad tributaria es la facultad jurídica del Estado de exigir contribuciones con respecto a las personas o bienes que se hallan en su jurisdicción (Giuliani Fonrouge, 2003). Se considera que deriva del "poder de imperio" que tiene el Estado y que lo ejerce en el ámbito de su jurisdicción. Dicho poder tributario no es absoluto y total, pues tiene limitaciones que derivan de la forma de organización propia de cada Estado y de los lineamientos que la Constitución nacional fija.

Lo tributario está plasmado en nuestra Constitución nacional como en cada una de las constituciones provinciales. El problema que se plantea aquí es en torno a si los municipios tienen poder tributario originario o si es un poder delegado por las provincias. Las dos posturas conviven y confrontan, y ameritan un debate para tomar el camino legal correspondiente. Producto de este debate surge un desafío que radica en cómo compatibilizar la potestad tributaria entre las provincias y municipios, a los efectos de no incurrir en una doble o múltiple imposición a los contribuyentes.

Para el fortalecimiento y la consolidación de las autonomías municipales debe ponerse en debate, con la participación activa de los municipios, el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, firmado en agosto de 1993; y la operatividad del Consenso Fiscal, firmado en noviembre de 2017; ambos rubricados por el Estado nacional y las provincias. A estos debates habría que sumar el sistema de coparticipación de impuestos, el impuesto a las ganancias, las retenciones y los ingresos brutos, ya que, en virtud de la autonomía consagrada en la norma suprema, los municipios pueden participar en las negociaciones para el establecimiento del sistema de coordinación financiera, juntamente con la nación y las provincias.

Es importante destacar que la Constitución nacional no establece prohibición alguna para restringir el poder tributario de los municipios, pudiendo estos aplicar tasas y contribuciones extraordinarias. Este posicionamiento se encuentra avalado por fallos jurisprudenciales que sostienen su capacidad tributaria, en tanto el gravamen o tasa que apliquen sean retributivos de un servicio que beneficie a la ciudadanía.

Respecto de las responsabilidades de los municipios, Orlando Braceli y Amanda Mendoza (2002) distinguen tres tipos de responsabilidades de los Gobiernos locales, que responden a tres etapas en su evolución histórica.

– Municipios en la concepción tradicional: desarrollo y mantenimiento de infraestructura urbana local –pavimentación y reparación de vías, mantenimiento de parques y recreación–; servicios generales urbanos –radicación de comercios, establecimientos industriales, recolección de basura, limpieza de calles, alumbrado público, poder de policía–.

– Municipios en la transición de la autarquía a la autonomía: mantienen los servicios prestados en la primera etapa y, además, prestan servicios sociales –vivienda, salud, asistencia social; seguridad –seguridad vial–; justicia –justicia de faltas–.

– Municipios en la sociedad moderna: mantienen las responsabilidades de las etapas anteriores y asumen el rol de promotores del desarrollo económico, ambiente, políticas de desarrollo sustentable, residuos urbanos, gestión de los espacios públicos, seguridad ciudadana, sanidad, educación, defensa de la protección de la niñez y la maternidad, promoción y protección de los derechos a las diversidades.

Estas enumeraciones no son taxativas; intentan visibilizar avances en algunos de los municipios existentes.

III - A MODO DE CIERRE

Los municipios argentinos continuarán su fortalecimiento en un escenario de distintos desafíos. Uno de ellos es la definición de un plan de gobierno estratégico, que debe reflejar un trabajo coordinado con la provincia para que el Gobierno local sea protagonista y responsable de la operacionalización de la planificación territorial. No hay dudas de que estos últimos son quienes mejor conocen las necesidades y potencialidades del territorio.

Un segundo desafío se refiere a la promoción de reglamentaciones y ordenanzas que propongan procedimientos más ágiles y simples que, de alguna manera, faciliten y hagan efectivo el ejercicio de los derechos de la ciudadanía, con contacto y acceso directo con el municipio.

Por último, un tercer desafío consiste en la necesidad de formar cuadros políticos, técnicos y administrativos que ocupen espacios institucionales que proporcionen aportes y asesoramiento para mejorar la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de las funciones para la gestión y administración.

Los municipios representan el nivel de gobierno más cercano a la ciudadanía, lo que les permite ser los primeros en recibir las demandas de la población. Esta proximidad convierte a los Gobiernos locales en actores claves para identificar, comprender y atender las necesidades reales de la comunidad.

Por estas razones es que los debates, responsabilidades y desafíos de los municipios argentinos exigen un esfuerzo y un compromiso de parte de quienes tienen a su cargo la conducción política, con el fin de producir espacios que promuevan el ejercicio de una ciudadanía que contribuya a la construcción de sociedades más justas, equitativas, sostenibles y pacíficas, y que consoliden los tres niveles político-territoriales que caracterizan a nuestro Estado federal.

REFERENCIAS

- ATELA, V. S. (2024). La Autonomía Municipal y la Justicia de Faltas. <https://palabrasdel.derecho.com.ar/articulo/4910/La-Autonomia-Municipal-y-la-Justicia-de-Faltas>
- BRACELI, O. y AGÜERO, A. G. (2002). Análisis de la estructura de los municipios de la provincia de Mendoza. <http://biblioteca.municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/-aguero-.pdf>
- BIELSA, R. (1962). *Principios del régimen municipal*. Abeledo-Perrot.
- GIULIANI FONROUGE, C. M. (2003). *Derecho Financiero*. Vol. I. Depalma.
- LOSA, N. O. (1998). *Derecho municipal, público, provincial y contravencional*. Ediciones Jurídicas.
- MARIENHOFF, M. (1990). La supuesta autonomía municipal. *La Ley*, 1990-B.
- ROSATTI, H. (2020). *Tratado de Derecho Municipal*. Rubinzal - Culzoni.
- TOCQUEVILLE, A. (1983). *La democracia en América*. Estrada.
- ZUCCHERINO, R. M. (1998). *El municipio del tercer milenio*. Función Pública.

IGUALDAD REAL DE OPORTUNIDADES Y LA UNIVERSIDAD PÚBLICA ARGENTINA

Por Gonzalo Salerno¹

Universidad Nacional de Catamarca, Argentina

Resumen: Se invita a reflexionar sobre el paradigma constitucional de la igualdad real de oportunidades y su vínculo con la educación universitaria a partir de los principales cambios introducidos por la última reforma constitucional argentina.

I - ALGUNAS REFLEXIONES, A TREINTA AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Hace pocos meses nuestro país conmemoró el 30° aniversario de la reforma constitucional de 1994, y esta efeméride inspiró numerosos y diversos análisis, reflexiones, debates y opiniones sobre aquel acontecimiento y sus implicancias actuales.

Luego de transcurridos treinta años, el legado de la reforma de nuestro texto fundamental y su aporte a la vida institucional de la Argentina merecen ser destacados y celebrados. Se trata de uno de los acuerdos más importantes que registra la historia de nuestra sociedad, y posee un valor inconmensurable, al punto de considerarse un hecho tan significativo que ha contribuido –y contribuye, podemos afirmar de manera determinante– a la consolidación de la democracia ininterrumpida en nuestro país, luego de su recuperación en el año 1983.

Recordemos, en primer lugar, que la reforma de 1994 fue la oportunidad constitucional propicia y adecuada para la inclusión expresa de una nueva categoría de derechos, a la que pertenece el derecho al medioambiente sano, los derechos de consumidores y usuarios, el derecho al desarrollo humano, a una mayor y mejor participación democrática, a no ser discriminado, a la inclusión social, a la paz, a una calidad de vida digna, a la información, al patrimonio cultural, a la tecnología, a la justa distribución de la riqueza, a la eliminación de la pobreza estructural.

¹ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Doctor en Derecho (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España). Posdoctor (Universidad de Bolonia, Italia y Universidad Nacional de Tucumán). Docente investigador. Profesor titular de Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca. Autor y coautor de diversas publicaciones jurídicas.

Estos nuevos intereses, merecedores de tutela, resultaron de un consenso en torno a valores que enlazan a los seres humanos a escala universal frente a amenazas también globales. Desde entonces ya no estamos solamente frente a la presencia de necesidades o prerrogativas individuales dignas de protección constitucional, ni tampoco se tutela únicamente la función social de la persona en su rol de trabajador o miembro de una familia, por ejemplo, sino que se trata de derechos de "incidencia colectiva", cuyo titular es la sociedad.

El proceso reformista no solo incorporó estos nuevos derechos colectivos o de tercera generación, sino que también introdujo nuevas miradas, dimensiones o facetas colectivas a derechos que se concebían tradicionalmente clásicos e individuales, e incluso sociales. Así, el derecho a la igualdad, principio y pilar fundamental del paradigma constitucionalista clásico, experimentó un sustancial cambio y reinterpretación de su naturaleza, efectos y alcance, con enfoque colectivo, que merece ser destacado (Salerno, 2019).

Es necesario referir también que el complejo y delicado escenario económico y social que observamos en estos tiempos en nuestro país tiene muchas similitudes con el contexto de la década de los noventa. A la creciente y notoria profundización de la pobreza estructural, la indigencia, el desempleo, la caída del salario, la insatisfacción de necesidades jurídicas fundamentales, se le agrega una puesta en crisis del rol del Estado frente a estas situaciones y una subvaloración de la indelegable y fundamental obligación que tiene de proteger a los más vulnerables ante las negativas consecuencias sociales que genera el juego de las relaciones de mercado en condiciones de extrema desigualdad.

Así también, la discriminación frecuente y sistemática, en sus diversas maneras y modos de manifestarse, provoca graves daños al tejido social, configurando no solamente una violación a principios y derechos constitucionales y convencionales esenciales del ser humano, sino también significando una agresión contra individuos o grupos sociales y, en definitiva, contra todo el sistema constitucional y democrático de gobierno.

Todo ello será parte del sustrato de la nueva constitución económica diseñada y consagrada en 1994, que tendrá, como veremos más adelante, en el derecho a la igualdad, con sus dimensiones social y colectiva, uno de sus pilares fundamentales. En este sentido, adelantamos que se decidió consagrar expresamente el derecho colectivo a no ser discriminado, y se prestó especial atención a una nueva dimensión estructural de la desigualdad. La protección constitucional de la igualdad en nuestro país (arts. 15, 20 y, principalmente, 16, de la Constitución de 1853-1960) fue considerablemente ampliada y enriquecida en los últimos años con los aportes de los artículos 14 bis (1957) y, en especial, 37, 43, 75 inc. 17, 18, 19 y 23 (1994).

Por otra parte, esta reforma trajo también la consagración de los derechos colectivos, que vino acompañada de la inclusión de la acción de amparo colectivo y de la figura del Defensor del Pueblo como garantía y herramienta para la tutela procesal de los mismos.

Sin duda, estas incorporaciones se vieron reforzadas con la inclusión de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22).

Para continuar el recorrido, sumamos un nuevo elemento de análisis que, confiamos, aporta a los objetivos establecidos para estas reflexiones: en la reforma de 1994 se redefinió la constitución económica de nuestro país.

El conjunto de normas constitucionales que consagran los principios y reglas que rigen la actividad económica desarrollada por los distintos actores del mercado observó cambios sustanciales, y el paradigma de la igualdad estructural tuvo una influencia determinante en este nuevo diseño.

Se incorporaron cláusulas de defensa de la competencia, de control de los monopolios, de protección de los sectores más vulnerables en las relaciones de consumo, de tutela de los grupos más desfavorecidos. Por lo tanto, respecto del juego de relaciones entre el Estado y el mercado, podemos advertir, a grandes rasgos, que no se diseñó un modelo de economía de libre mercado en el que todo se resuelve de acuerdo con las leyes de la oferta y la demanda, manteniéndose el Estado sin ningún tipo de intervención.

Sí se evidencian características de modelos de economía social de mercado, y de estado de bienestar, como resultado de la influencia del constitucionalismo social y colectivo, garantizando el pleno ejercicio de los derechos a la libertad de empresa, de propiedad individual, de comercio, en un mismo nivel jerárquico que, por ejemplo, el derecho a la salud, a la justa distribución de la riqueza, la alimentación, la vivienda, etcétera. Se obliga al Estado a garantizar su cumplimiento.

En definitiva, la Constitución nacional propone un Estado con presencia activa y firme en la economía del país. Promueve el desenvolvimiento del mercado como resultado del ejercicio de libertades económicas garantizadas, pero debiéndose satisfacer las necesidades sociales; a la vez, las libertades económicas están condicionadas y limitadas a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.

Es el Estado el que debe ofrecer las garantías necesarias para ejercer la libertad de trabajar, la libre circulación y la protección de los bienes. Y es el que establece las condiciones para que la oferta y la demanda racionalicen, mediante el precio, la disponibilidad de los bienes y servicios. Es el Estado el que, mediante regulaciones antimonopólicas, debe asegurar la transparencia y la libre competencia. Y es el Estado el que debe garantizar la igualdad real de oportunidades y proteger a los grupos más vulnerabilizados (Fernández Andreani y Salerno, 2024).

Ciertamente que se robustece este diseño con la incorporación con jerarquía constitucional del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de los fallos que ha dictado en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II - UNIVERSIDAD PÚBLICA: SU APORTE A LA IGUALDAD ESTRUCTURAL

En 1994 también se incorporó el inciso 19 del artículo 75 –sobre atribuciones del Congreso–, en el que se estableció, entre otras cuestiones, la potestad de sancionar leyes que aseguren “la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

Y aquí presentamos la temática que constituye el objeto principal del presente escrito: la gratuidad universitaria como mecanismo para garantizar el derecho a la igualdad real de oportunidades.

En primer término, es importante reparar en que el concepto de igualdad ha experimentado una transformación histórica significativa. La mirada de la igualdad formal, igualdad ante la ley como derecho principalmente individual, del constitucionalismo clásico o liberal, que planteaba un rol predominantemente abstencionista del Estado frente a las prácticas o normas discriminatorias, se fue rediseñando en un modelo de igualdad real o material, social, colectiva, igualdad de oportunidades, igualdad en los resultados, que comenzó a instar a sus representantes a generar mecanismos para eliminar o reducir la desigualdad.

Por eso, podemos afirmar que con la última reforma constitucional se propuso expresamente una tutela especial para los grupos históricamente más desfavorecidos. Ello significó reconocer que en nuestras sociedades muchos colectivos de personas no acceden, no llegan, no poseen, no deciden, no ejercen sus derechos, debido a la situación de vulnerabilidad que padecen.

Esta dimensión estructural de la igualdad responde a un análisis situado de los individuos y sus circunstancias; es decir, de los estatus sociales construidos en un determinado tiempo y lugar, los roles que estas construcciones asignan a cada grupo de personas, los prejuicios y estereotipos que fundamentan esa distribución y los juegos de poder que las materializan, con el propósito de visibilizar las diferencias injustas y tomar las medidas de equiparación necesarias (Bertolone, 2023).

Este nuevo paradigma de igualdad real de oportunidades quedó plasmado directa e indirectamente en todo el nuevo texto constitucional, observándose la asignación de deberes de los poderes públicos respecto de la adopción de medidas afirmativas como acciones legítimas para neutralizar y rectificar situaciones, prácticas o patrones de desigualdad.

En ese sentido, podemos encontrar ahora jerarquizadas las cláusulas antidiscriminatorias en tratados generales de derechos humanos, como también los instrumentos específicos dedicados a grupos sociales que requieren una protección reforzada que vaya más allá de la enunciación genérica de la prohibición de discriminación. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Con-

vención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, son un claro ejemplo de ello.

Asimismo, se resalta el trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que contribuyó en esta línea con una serie de pronunciamientos muy valiosos en los últimos años sobre desigualdad estructural, vulnerabilidades, pobreza, interseccionalidad y la consecuente responsabilidad estatal ante estas situaciones.²

Como consecuencia de los cambios introducidos en las últimas décadas en esta dirección es que el Estado y los particulares deben evitar que, por acciones u omisiones, se consoliden o acentúen situaciones de subordinación, y, además, deberán implementarse medidas que garanticen la disminución de las desigualdades (Maurino, 2007). De esta manera, se propone un Estado no neutral ni indiferente ante la vulneración de derechos de las minorías desaventajadas que no debe contentarse con ofrecer igualdad de oportunidades en el punto de partida sin prestar atención a los resultados que luego se obtienen y, por tanto, al mayor o menor aprovechamiento de esas oportunidades supuestamente garantizadas al inicio. Un Estado que debe procurar una mirada más social del fenómeno discriminatorio, con su complejidad, que se armonice con los demás ideales constitucionales y que acompañe al sector de atención prioritaria hacia la satisfacción de sus necesidades (Salerno, 2019).

Sin perjuicio de que hayan sido muy relevantes los avances normativos, doctrinarios y jurisprudenciales observados y destacados hasta la fecha, todavía queda mucho camino por recorrer. A tres décadas de la reforma constitucional, el ideal igualitario no solamente es una fundamental cuestión pendiente, sino que la realidad se muestra hoy significativamente agravada, con manifestaciones de retroceso, profundización de las asimetrías, recrudecimiento de las vulnerabilidades, dramáticas cifras de pobreza e indigencia y el consecuente deterioro social sistémico que ello produce.

Ahora bien, no podremos profundizar lo hasta aquí planteado, dado que excedería los límites fijados para este trabajo, pero sí deseamos destacar la incorporación de este nuevo mandato constitucional y convencional de promover una sociedad más inclusiva e igualitaria, atender las vulnerabilidades y eliminar o reducir las desigualdades estructurales como un gran desafío complejo, que involucra todos los poderes del Estado.

Este compromiso se refleja, entre otros fines fundamentales, en el mandato constitu-

² Por ejemplo, Corte IDH, "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", 16 de noviembre de 2009; "Atala Riffo y niñas vs. Chile", 24 de febrero de 2012; "Furlan y familiares vs. Argentina", 31 de agosto de 2012; "González Lluy y otros vs. Ecuador", 1º de septiembre de 2015; "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil", 20 de octubre de 2016; "Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala", 23 de agosto de 2018; "Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y familiares vs. Brasil", 15 de julio de 2020; "Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras", 31 de agosto de 2021.

cional de garantizar la igualdad real de oportunidades a través de la educación, lo cual incluye el deber de instruir universitariamente a la sociedad argentina (art. 75 inc.18) mediante instituciones nacionales autárquicas y autónomas de acceso gratuito (art. 75 inc.19). Dicho reconocimiento de la autonomía universitaria y del acceso a la gratuidad es el resultado de la conjunción, por un lado, de la gran valoración social e histórica de la Universidad pública en nuestro país, cimentada en hitos como la reforma universitaria de 1918, el decreto presidencial 29.337 de 1949, que estableció la gratuidad de la educación universitaria, y la reforma constitucional de 1994; y, por el otro, la consolidación del paradigma de la igualdad real de oportunidades, siendo la Universidad pública un escenario indiscutiblemente transformador de vidas, de sociedades, de naciones.

Por lo tanto, el sistema universitario público es, sin duda, uno de los principales orgullos de la Argentina. No solo porque en la actualidad garantiza el acceso igualitario a la educación superior gratuita a más de dos millones de estudiantes en las veinticuatro jurisdicciones del país, sino también porque encarna uno de los consensos sociales y políticos de mayor trascendencia de nuestra historia.

Pese a ello, la crisis actual de financiamiento del sistema universitario, la más severa desde el regreso de la democracia, y el grave deterioro del salario docente y no docente, mucho mayor que el de varios otros sectores, está afectando seriamente el desarrollo normal de todas las dimensiones que integran la actividad universitaria: enseñanza, investigación y producción científica, extensión, vinculación, transferencia, voluntariados, programas sociales universitarios, etcétera. También se ve perjudicado su normal funcionamiento, el mantenimiento edilicio, el sostenimiento de su infraestructura y equipamiento, insumos de laboratorio, materiales de investigación, entre otros factores.

Sin financiamiento peligra la educación universitaria pública y gratuita y su reconocida calidad. El Estado no debe desentenderse de esta obligación de sostenimiento, así como también debe sostener el sistema judicial, las fuerzas de seguridad, la atención médica y los hospitales públicos, por ejemplo.

El derecho a estudiar en una universidad pública y gratuita no es una prerrogativa individual, es un derecho colectivo, patrimonio de toda la sociedad argentina. El Estado debe garantizar su efectivo e integral goce. No es un servicio público que pueda ser privatizado, mercantilizado, ni estar sujeto a las reglas de la oferta y la demanda.

Hoy este derecho y el principio de igualdad y no discriminación se encuentran cierta y gravemente amenazados, y no garantizarlos es regresivo, inconstitucional e inconveniente.

A ello se suma que más de dos tercios de los estudiantes de la Universidad pública son pobres. Y actualmente en nuestro país las cifras de pobreza alcanzan y hasta superan el 60 %. Dos de cada tres chicos son pobres. La vulnerabilidad aumenta dramáticamente. Cientos de miles de esos niños y jóvenes no terminan los estudios secundarios. La desi-

gualdad estructural está haciendo estragos. Lamentablemente, tal vez difícilmente puedan ser profesionales o alumnos universitarios. Lejos de reducirse la desigualdad, se está perpetuando, haciéndose cada vez más sistémica, crónica y permanente, transmitiéndose de una generación a la siguiente.

Por ello, promover la igualdad real de oportunidades debiera partir de la premisa vital de reducción de la pobreza, por esta y por las futuras generaciones. Y también garantizando el derecho colectivo a la esperanza, la posibilidad de que miles de estudiantes universitarios logren seguir siéndolo de la única manera que hoy pueden hacerlo, en la Universidad pública, para cumplir sus sueños y metas, las individuales, pero también las de toda una sociedad que confía en su poder transformador y así lo acordó en 1994.

REFERENCIAS

- BERTOLONE, G. (2023). *El derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la provincia de Catamarca*. [Tesis de Maestría en Derechos Humanos y Democracia para América Latina y el Caribe. UNSAM].
- FERNÁNDEZ ANDREANI, P. y SALERNO, G. (2024). La Constitución económica de 1994 y la búsqueda en la construcción de una igualdad social. En G. Vega y P. Petraglia (coords.). *A 30 años de la reforma de la Constitución Nacional*. UNNOBA, Ediciones dyd.
- MAURINO, G. (2007). Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes. En M. Alegre y R. Gargarella (coords.). *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexis.
- SALERNO, G. (2019). Igualdad y no discriminación. Reflexiones a veinticinco años de la reforma constitucional. En P. Manili (coord.). *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial*. Asociación Argentina de Derecho Constitucional - Hammurabi.

EDUCACIÓN Y JUSTICIA COMO COMPROMISO CONSTITUCIONAL¹

Por Guillermina Belén Di Luca²

Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, Argentina

Resumen: Este trabajo se propone compartir la experiencia del programa La Justicia va a la Escuela, iniciativa que pretende acercar a los estudiantes secundarios al sistema judicial mediante encuentros con magistrados/as y funcionarios/as, con la intención de prevenir conflictos judiciales, fortalecer el pensamiento crítico y fomentar la interpretación reflexiva y la comprensión de derechos y deberes.

I - PROPÓSITO DEL PROGRAMA Y RELEVANCIA

En una sociedad democrática, la administración de justicia cumple un rol fundamental en la formación de ciudadanos críticos, comprometidos con los valores de la justicia y el estado de derecho, que trasciende la mera resolución de conflictos y el ejercicio de la potestad jurisdiccional. La educación, en este sentido, se convierte en un pilar esencial para garantizar el acceso efectivo a los derechos, promover la transparencia institucional y fortalecer la confianza en el sistema judicial.

Con este propósito, el programa La Justicia va a la Escuela –desarrollado en el ámbito de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires–³ busca acercar a los estudiantes del nivel secundario al funcionamiento del Poder Judicial, los derechos reconocidos en la Constitución y los mecanismos de tutela efectiva. A través de encuentros con magistrados/as y funcionarios/as, se generan espacios de diálogo y reflexión que

¹ Un agradecimiento especial a la jueza María Cecilia Valeros y a la auxiliar letrada Fernanda Niel, del Juzgado Civil y Comercial Nro. 1 de la Plata, por su especial colaboración en la confección del presente trabajo.

² Secretaria del Juzgado Civil y Comercial Nro. 1 de La Plata. Jefa de trabajos prácticos de Derecho Procesal Civil y Comercial (Universidad Nacional de La Plata). Profesora adjunta de Derecho Procesal Civil (Universidad Católica de La Plata). Docente del seminario Tics y Proceso Civil (UNLP). Especialista en Derecho Procesal Profundizado (Universidad Notarial Argentina).

³ Véase: <https://www.scba.gov.ar/instituto/novedadesinstituto1.asp?id=7&cat=14&expre=La%20justicia%20va%20a%20la%20escuela>.

permiten conocer la estructura del sistema judicial, su alcance y la importancia de la resolución pacífica de los conflictos.

Desde su creación, en el año 2006, el programa ha contado con la colaboración de diversas instituciones académicas y organismos públicos, consolidándose como una iniciativa de extensión que favorece el intercambio de saberes y la construcción de una ciudadanía más informada y participativa. En este trabajo nos proponemos compartir las experiencias desarrolladas en el marco del programa, analizar las prácticas implementadas y evaluar su impacto en la formación de los estudiantes, destacando su contribución a la convivencia democrática y al fortalecimiento del sistema judicial.

II - EXPERIENCIA EN EL TERRITORIO

Desde principios de 2006, el programa ha contado con la participación de diversas instituciones, entre las que se incluyen la Secretaría de Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires, el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, la cátedra de Derecho Procesal y el Observatorio de Enseñanza del Derecho de la misma facultad, el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, el Colegio de la Magistratura y la Función Judicial, entre otras.⁴

Los talleres se han dictado con un abordaje ajustado a las necesidades institucionales señaladas por las autoridades educativas. En este sentido, podemos mencionar el desarrollo de los siguientes módulos y las metodologías de trabajo implementadas para su abordaje pedagógico.

Conocimientos básicos sobre derechos y deberes

– Juego de roles y simulación de juicios: simulación de situaciones cotidianas donde los/as estudiantes asumen diferentes roles –juez/a, ciudadano/a, policía, etcétera– para comprender la importancia de los derechos y deberes.

– Relatos interactivos: uso de historias ilustradas que abordan el respeto, la igualdad y la convivencia democrática.

– Juegos didácticos: actividades lúdicas, como crucigramas, sopa de letras de derechos y dinámicas grupales de resolución de conflictos.

– Visitas guiadas: los/as estudiantes pueden conocer el funcionamiento del Poder Judicial y plantear preguntas sobre el acceso a la justicia.

– Proyección de documentales: las producciones audiovisuales abordan temáticas

⁴ Véase: <https://www.scba.gov.ar/instituto/novedadesinstituto1.asp?id=7&cat=14&expre=La%20justicia%20va%20a%20la%20escuela>.

clave como los derechos humanos, el acceso a la justicia y el funcionamiento del Poder Judicial, y pretenden fomentar el debate crítico, sensibilizar sobre problemáticas sociales y facilitar la comprensión de los procedimientos judiciales y el impacto que pueden tener los medios de comunicación, la tecnología y el género en el sistema judicial.

– Participación en audiencias reales: se brinda a los/as estudiantes la posibilidad de presenciar el desarrollo de un proceso judicial en vivo. Esta experiencia les permite conocer de primera mano la oralidad en los procedimientos, el rol de jueces/as, fiscales y defensores/as, y la aplicación práctica del derecho. Asimismo, promueve la reflexión sobre la importancia de la argumentación jurídica, la imparcialidad y el debido proceso. El posterior intercambio con operadores del sistema judicial enriquece la experiencia, generando un espacio de diálogo y aprendizaje.

– Talleres de debate: discusión de casos reales o hipotéticos vinculados con derechos humanos y justicia, promoviendo el pensamiento crítico.

– Análisis de sentencias: trabajo en grupos con casos judiciales relevantes para reflexionar sobre el impacto de las decisiones judiciales en la sociedad.

– Charlas con especialistas: encuentros con magistrados/as, abogados/as, académicos/as y operadores/as judiciales para conocer la importancia del acceso a la justicia y la función del juicio por jurados.

Abordaje pacífico/cooperativo del conflicto

– Dramatización de conflictos: presentación de situaciones de conflicto y análisis de distintas maneras de resolverlas de manera pacífica y cooperativa.

– Técnicas de mediación escolar: capacitación en estrategias de diálogo y mediación para la resolución de problemas dentro del ámbito educativo.

– Aprendizaje basado en proyectos: desarrollo de propuestas de convivencia escolar que los/as estudiantes diseñan y presentan como iniciativas para mejorar el clima institucional.

– Círculos restaurativos: aplicación de dinámicas de justicia restaurativa, que propician el diálogo entre las partes involucradas en un conflicto.

Riesgo en línea

– Análisis de casos y testimonios: estudio de situaciones reales relacionadas con ciberacoso, grooming y desinformación.

– Juegos interactivos sobre ciberseguridad: uso de plataformas educativas y actividades en línea para identificar riesgos y aprender a protegerse en internet.

– Campañas de concienciación: creación de afiches, videos o publicaciones en redes sobre el uso responsable de internet y la privacidad digital.

– Talleres con expertos/as en tecnología y derecho: encuentros con especialistas en derecho digital y ciberseguridad para analizar los derechos y las obligaciones en el entorno virtual.

Salud integral y derechos

– Charlas y mesas redondas: encuentros con profesionales de la salud, psicólogos/as y especialistas en derechos para abordar temáticas como salud mental, educación sexual y adicciones.

– Cine-debate: proyección de documentales o cortometrajes sobre salud y derechos, seguida de un debate reflexivo.

– Talleres sobre toma de decisiones saludables: actividades interactivas sobre hábitos saludables, autocuidado y acceso a servicios de salud.

– Elaboración de guías informativas: creación de materiales sobre derechos vinculados a la salud, que promuevan la difusión en la comunidad escolar.

Cuestiones de género

– Análisis de estereotipos en medios de comunicación: reflexión sobre cómo el cine, la televisión y la publicidad abordan los roles de género y su impacto social.

– Círculos de diálogo sobre igualdad de género: espacios de reflexión donde los/as estudiantes comparten experiencias y analizan la construcción social del género.

– Talleres sobre violencia de género y derechos de las mujeres y diversidades: formación en prevención de la violencia, identificación de situaciones de desigualdad y mecanismos de denuncia.

Durante el período 2019-2024 se organizaron 237 talleres en distintos partidos de la provincia de Buenos Aires –La Plata, Morón, Avellaneda, Zárate, Campana, Junín, La Matanza, Bahía Blanca, Gral. Rodríguez, Quilmes, Lomas de Zamora, San Martín, San Nicolás–, de los que participaron más de 7.200 alumnos.⁵

Los datos y experiencias recopilados reflejan el impacto del programa en distintos niveles educativos, presentan las estrategias implementadas, los desafíos enfrentados y las perspectivas futuras para seguir ampliando y mejorando la iniciativa. Dejamos disponible las palabras y testimonios de quienes han formado parte de la experiencia de la Departamental La Plata.

⁵ Sobre los datos de impacto del programa puede verse adicionalmente la información publicada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en su página web oficial: <https://www.scba.gov.ar/instituto/novedades/instituto2.asp?id=7&cat=13>.

III - EVALUACIÓN Y PERSPECTIVAS FUTURAS

El programa La Justicia va a la Escuela ha demostrado ser una herramienta valiosa para acercar el sistema judicial a la comunidad educativa, promoviendo el acceso a la justicia, la formación ciudadana y el fortalecimiento de valores democráticos. A lo largo de los distintos módulos se han desarrollado estrategias didácticas innovadoras que han permitido a estudiantes de nivel primario y secundario comprender sus derechos y deberes, así como el funcionamiento de las instituciones judiciales.

No obstante, persisten desafíos en la implementación y consolidación de estos espacios educativos. La necesidad de garantizar la sostenibilidad del programa, su ampliación a nuevas escuelas y su adaptación a contextos diversos plantea interrogantes sobre la capacitación continua de los/as docentes, además de profundizar en el abordaje de temas sensibles, como la justicia restaurativa/preventiva, la equidad de género y los riesgos digitales. Estas temáticas requieren de un enfoque interdisciplinario que involucre a distintos actores del ámbito judicial, educativo y social. Para ello resulta necesario seguir trabajando en convenios con otros actores institucionales como vehículo para canalizar la proyección del programa.

En definitiva, consolidar, expandir y extender esta iniciativa no solo contribuirá a una educación más inclusiva y participativa, sino que también permitirá formar ciudadanos/as más comprometidos/as con la justicia y la convivencia democrática.

Como corolario de lo expuesto, recordamos las palabras de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires con motivo de la celebración de los dieciocho años de La Justicia va a la Escuela.⁶ La ministra Hilda Kogan, que ha incorporado el programa a la agenda de la Corte, destacó en dicha oportunidad la importancia del mismo y de contar con la participación de todos los operadores judiciales, a quienes invita a sumarse al proyecto con el fin de continuar enriqueciendo esta valiosa iniciativa para ampliar el alcance de los talleres y fortalecer el vínculo entre el sistema judicial y la comunidad educativa.

La magistrada destacó la importancia de observar cómo los/as chicos/as trabajan y resuelven los conflictos y desafíos que se presentan una vez que comprenden en qué consiste nuestro trabajo. La conexión que logran establecer con el sistema judicial y el enfoque práctico que ofrecemos les permite abordar situaciones con un pensamiento más crítico y reflexivo. El ministro Sergio Torres destacó también el impacto positivo que tiene el programa en la formación y en la recepción de las inquietudes por parte de los/as estudiantes para la mejora del servicio de justicia.

Con estos aportes institucionales seguiremos construyendo una sociedad más equitativa, inclusiva y comprometida con los principios fundamentales del estado de derecho.

⁶ Véase: https://youtu.be/Q_X-PDfwGbw?si=7lGHjz57WRV1bibl y <https://youtu.be/G4pIOEaEUQI>.

AUSPICIAN

FOFECMA
FONDO FEDERAL DE FOMENTO DE LA MAGISTRATURA -
FUNDOS DE DESARROLLO DE LA POPULACIÓN ARGENTINA



Directrices para autores

