



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS
UNPSJB

Revista Patagónica de Derecho

Publicaciones jurídicas de la Facultad
de Ciencias Jurídicas de la
Universidad Nacional de la Patagonia
San Juan Bosco.

www.fcj.unp.edu.ar



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA
SAN JUAN BOSCO**

NÚMERO I AÑO 2023

DIRECTOR DE LA REVISTA

Dr. Leonardo Andrés Behm

Revista creada y avalada académicamente por Resolución 37/2023 (04/07/2023) del
Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la
Patagonia San Juan Bosco

AUTORIDADES FCJ-UNPSJB

DECANO

Dr. Rubén Gustavo Fleitas

VICE DECANO

Dr. Francisco Schiavone

SECRETARIO ACADEMICO

Dr. Juan Manuel Irusta

SECRETARIA ADMINISTRATIVA

Paola Cirión

SECRETARIO DE INVESTIGACIÓN Y POSGRADO

Dr. Leonardo Andrés Behm

SECRETARIA DE EXTENSIÓN Y BIENESTAR ESTUDIANTIL

Dra. María Cecilia Schvoumaker

SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR

Se deja expresa constancia que las manifestaciones vertidas en los artículos doctrinarios de esta Revista lo son bajo la exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes han declarado expresamente que lo elaborado por ellos es de su completa autoría y que no viola derechos de propiedad intelectual de terceros.

ÍNDICE

PALABRAS PRELIMINARES

Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas. **Dr. Rubén Gustavo Fleitas** (p.13).

Palabras del Director de la Revista Patagónica de Derecho. **Dr. Leonardo Andrés Behm** (p.15).

Palabras en el viento. **Por Jorge Pflieger** (p.17).

ARTÍCULOS POR ÁREA

Género y Derecho.

Género y sistema judicial: un análisis sobre la situación de las mujeres en el Poder Judicial del Chubut. **Por Cecilia Isabel Vallejos** (p.21).

Derechos Humanos y Filosofía del Derecho.

La legitimidad de la protesta social y de los cortes de ruta en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Por Juan Manuel Salgado** (p.31).

Derecho Internacional Público.

Soberanía, sirenas, unicornios y otros seres mitológicos. **Por Günther Flass** (p.43).

Derecho Constitucional.

¿Es constitucionalmente posible eliminar el régimen de Coparticipación Federal de Impuestos? **Por Leonardo Andrés Behm** (p.71).

La concreción de un Estado Federal en la Constitución Nacional Argentina de 1853.

Por Zulma Viviana Cola, Carmen Berta Vera y Rubén Gustavo Fleitas (p.87).

Derecho Procesal Penal.

Código Procesal Penal Federal. La prisión preventiva como última ratio. **Por Anabella Pagotto Fuhr** (p.103).

Derecho Aeronáutico.

Las líneas aéreas “low cost”. Su inserción en el mercado aeronáutico. **Por Marcelo Nieto Di Biase** (p.113).

Derecho Administrativo.

Legitimación del Estado de la Provincia del Chubut en la tutela judicial del ambiente. **Por Juan Manuel Irusta** (p. 123).

Derecho de la Propiedad Intelectual.

La propiedad intelectual como herramienta de valorización. Régimen jurídico. **Por Paola Laurini** (p. 139).

Derecho Financiero y Tributario.

El presupuesto público dentro del esquema de la Constitución Nacional: sobre la financiación de los costos de los derechos a través de las recaudaciones impositivas. **Por Leticia Brun** (p. 151).

Derecho Penal.

El principio de congruencia en el sistema penal acusatorio. **Por Emanuel Campos** (p. 165).

La competencia del delito de lavado de activos (art. 303 del Código Penal). **Por Fernando Gelvez** (p. 183).

Derecho de los Consumidores y Usuarios.

La relación de consumo. Los proveedores sin finalidad de lucro. **Por Fernando Shina** (p. 217).

Derecho de Familia.

El plazo de caducidad en la compensación económica. Un caso de discriminación indirecta. **Por Günther Flass** (p. 225).

Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas UNPSJB

Dr. Rubén Gustavo Fleitas

El lanzamiento de la Revista Patagónica de Derecho representa para la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNPSJB uno de los más significantes avances académicos. Pero este lanzamiento no debe detenerse en su faceta meramente académica, sino que el mismo debe pensarse mucho más allá. Involucra tanto producción jurídica de libre acceso y disponibilidad, como también la proyección de nuestra Unidad Académica a distintos ámbitos. Permite que las opiniones vertidas por los autores lleguen a un sinnúmero de espacios, que sus ideas sean debatidas, consideradas y, por qué no, criticadas científicamente.

Este lanzamiento dejará plasmado una vez más el inmenso trabajo que asumen día a día nuestros docentes, graduados, alumnos y quienes en general participan de la Revista. Todos ellos, sin duda alguna (una vez más), con sus escritos demostrarán tanto el orgullo como el compromiso de ser parte de esta joven pero pujante Casa de Altos Estudios.

La enseñanza del derecho y su aprendizaje no detienen su curso en el dictado de las clases, sino que requieren que las palabras y los debates vertidos en las aulas se cristalicen en papel, dejen su huella, puedan rebatirse y/o modificarse a futuro. Esto, considero, permitirá hacer más grande a una institución de enseñanza superior como la nuestra.

Al conocer el proyecto de Revista, cuando aún la misma no era más que eso, es decir, un proyecto, acompañé sin dudar la iniciativa. No sólo desde mi rol de autoridad superior de la Facultad, sino también desde lo personal. Creo que la puesta en marcha efectiva de un canal de publicaciones periódicas como lo será la Revista Patagónica de Derecho involucraba un trabajo que debíamos iniciar cuanto antes. Llegó el día. Nuestra Unidad Académica, joven y pujante como dijera, se merecía esta novedad.

Es por ello que, como autoridad de la Facultad, desde una perspectiva académica, de posibilidad de trasmisión del conocimiento, de canalización del inmenso trabajo que día a día cumplen los claustros que componen a aquella, recibo con los brazos abiertos a la Revista Patagónica de Derecho. Sin duda marca el camino que esta institución de enseñanza debe seguir. Pero como dijera, el sentir de este lanzamiento no se detiene en lo institucional sino que también trasciende a lo personal pues no sería posible sin el compromiso y acompañamiento de todos quienes integran nuestra querida Facultad. Me

siento orgulloso de la aparición de la Revista y ello es un motor fundamental para seguir apostando al desarrollo y crecimiento de nuestra Facultad desde el lugar que nos toca ocupar tanto hoy, como aquél que nos depara en el futuro.

Palabras del Director de la Revista Patagónica de Derecho (RPD)

Dr. Leonardo Andrés Behm

Secretario de Investigación y Posgrado FCJ-UNPSJB

El lanzamiento de la Revista Patagónica de Derecho representa para mí una doble satisfacción: Por un lado, desde el punto de vista académico ya que implica un avance más que importante para la Facultad de Ciencias Jurídicas en materia de producción jurídica y transferencia de conocimientos y, por el otro, desde un aspecto personal, atento a que constituye una muestra viva del esfuerzo que involucró el impulso y la concreción de este proyecto.

Por primera vez la Facultad cuenta con una Revista como la presente, la que sin temor a equivocarme estará a la altura de proyectos semejantes impulsados por otras Casas de Altos Estudios.

Creo firmemente en que el lanzamiento de la Revista Patagónica de Derecho compone otro hito fundamental en el desarrollo de la Facultad de Ciencias Jurídicas como tal, el cual comenzara a forjarse en Agosto de 2006 en oportunidad en que la entonces Escuela Superior de Derecho diera paso al nacimiento de una nueva Unidad Académica, jerarquizada institucionalmente y en pie de igualdad con sus pares.

La producción jurídica, su posibilidad de transferencia y el involucramiento de los distintos claustros de la Facultad (docentes, estudiantes, graduados) se alzan como un pilar esencial en el crecimiento académico de cualquier institución de enseñanza universitaria. Es aquí donde la Revista debe poner el foco, marcando el buen camino de la enseñanza del Derecho y su visión crítica.

Agradezco profundamente el apoyo incondicional de mi familia, como también las muestras de compromiso y acompañamiento asumidos por las Autoridades de la Facultad. Desde el momento en que la Revista Patagónica de Derecho comenzaba a tomar forma sus apoyos y aportes han sido fundamentales.

Acontecimientos como el presente nos colocan en la obligación de continuar por el camino de la difusión del conocimiento y de redoblar las apuestas hacía un trabajo de calidad. Nuestra joven y querida Facultad de Ciencias Jurídicas ha dado un firme paso en la senda de su proyección académica. Sin duda, este es el camino a seguir.

Palabras en el viento

Dr. Jorge Pfleger¹

Cuando las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas me invitaron a escribir para éste, el primer número de la revista, mi disposición espiritual fue, en principio, vacilante. ¿Escribir en un primer número?, ¿inaugurarlo?, me interrogué. ¿Acerca de qué?, ¿cuál tópico resultará el apropiado?, ¿qué cosa interesante tengo para decir?, continué con pesimismo, pues carezco de la virtud de la audacia.

Pero, inmerso en esas cavilaciones, de discutible profundidad para algún ducho y versado, y ya dispuesto para la resignación, fue gestándose la idea que ha pulsado las teclas del ordenador; escribiría... acerca de escribir.

Sí; me pareció que nada podía ser mejor que escribir sobre escribir en este contexto de espacio y tiempo: en la Facultad de hoy, en la Argentina de hoy, y en este tiempo de interlocuciones aparentes, de gritos y de sorderas. Y algo más; ya entusiasmado, me propuse eludir por un minuto los libros y los cánones, pues evoqué otros tiempos y otras palabras con las que traté, siempre en clave de la escritura, temas que no han perdido actualidad: nada menos que la libertad, la paz y la verdad.

Vinieron a mi memoria algunas letras prodigadas en algunas publicaciones y así fue como procuré empeñarme.

Veamos en que ha quedado ese intento que por cierto será breve.

Sea benévolo el lector y no se cargue mi conciencia.

Siempre me figuré el pensamiento como algo eterno, infinito; lo imaginé un oscuro espacio sin límites, y quizás sin tiempo. Un universo dispuesto para ser descubierto

Y aun cuando en mis años solo llevo transitado un pequeño sendero -ni siquiera he completado el de la ciencia del derecho -he tratado de seguir adelante- y, lo que creo mejor, intentado incitar a otros dotados con mejores luces a hacerlo.

Si bien es en la reflexión solitaria adonde se fraguan los descubrimientos, la tarea de explorar el universo de las ideas es esencialmente colectiva. Caminar solos puede resultar una experiencia gratificante, a menos que perdamos el rumbo o surjan escollos. A solas se puede tantear, alumbrar, preparar el viaje, quitar la cizaña; pero a la hora de hacer la expedición hay que marchar con otros, solidariamente.

¹ Jorge es docente tanto de la Facultad de Ciencias Jurídicas como de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

Y es así porque el conocer- ese oriente- es, como señalé, una tarea colectiva que da sentido a lo que pretendemos. Y encontrar verdades, que siempre serán relativas, es esencialmente una construcción de mucho bajo ciertas maneras, pues cuando hablo de lo cooperativo quiero significar lo imprescindible del diálogo, de la comunicación, del intercambio, que ha de desarrollarse incondicionalmente en paz e igualdad material y espiritual.

La verdad es, para mí, la conclusión de una arquitectura que sólo se realiza con los materiales extraídos en la cantera del pensamiento.

No se trata de una revelación que llega con la fuerza de lo que no puede discutirse; tampoco que son nuestros sentidos aquellos que nos la transmiten con la claridad de una fotografía, no.

Arthur Schopenhauer (o Schopenauer, para algunos) la concebía como aquello “...que la razón reconoce exactamente...un juicio abstracto con razón suficiente...”; más cercano Giovanni Sartori apuntaba a que no existen sino criterios o niveles de verdad y que el conocimiento acerca de algo se emparenta con la ética profesional, pues “verdad” será lo que sabremos luego de un trabajo paciente, sistemático y básicamente honesto.

A estos conceptos adscribo.

La gran enemiga de la construcción de verdades es la violencia. No se generan ideas cuando hay gritos, cuando el otro es desconocido como igual, cuando se lo desprecia o cuando se lo humilla o se lo suprime simbólica o materialmente.

Lo irracional es la antítesis de la reflexión, vaya descubrimiento, pero vale el sonsonete. Dadas las circunstancias conviene elevar esa oración a la categoría de axioma por la proliferación de alaridos, palabras huecas, insustanciales, desprecios variopintos, afirmaciones vacías.

Y cuánto mejor cuando la palabra, ese estremecimiento del aire, queda cristalizada en el papel, a disposición de todos; cuando cualquier obra de descubrimiento queda inscripta y se convierte en un mojón desde el que otros se aventurarán con mejor suerte o brújula, o más habilidades.

Es por eso por lo que se escribe: para tallar ideas. Escribir, según lo concibo, importa un ir y venir constante entre los que exploran el magnífico universo del pensamiento y comparten sus hallazgos sin retaceos; una herramienta de labor cooperativa, que, formulada en paz e igualdad y con sentido, es esencial para el intercambio adecuado; lo machaco.

Esa es, sencillamente, la importancia de hacer una publicación como la que hoy nace, cuyo primer grito ha de ser: ¡el libro nunca muere!

Porque, una vez más, el hoy en que se escribe está signado por la fugacidad, el cliché, el canibalismo de la palabra, o tantos otros peligros que acechan.

X (ayer Twitter) y la brevedad, Instagram y la fugacidad de imágenes o de opiniones desarticuladas, Facebook y la exhibición escabrosa de lo que es privado, por decir de algunas piezas de una red, se han convertido en vehículos tenebrosos de comunicación unilateralmente sorda, con pretensiones de reemplazar a las bibliotecas o- peor aún- al diálogo al que con insolente desprecio por nuestra lengua llamamos “chat”, aunque la Real Academia lo haya bendecido.

Toda una formidable herramienta que se desperdicia, y no exagero, aunque sí lo haga al restarle cualquier valor, en favor de argumentar sobre la virtud del escrito; pequeña trampa venial, aunque reconozco que la potencia de esos medios ha reducido la capacidad de respuesta del papel a la de un viejo mosquete.

Y voy hacia el final.

La libertad es la única garantía para la labor que se inicia. Esa capacidad de hacer sin interferencias de otro, sin dañar a otro y evitar que otro nos dañe, es una condición insobornable para cualquier aventura de pensar. Sin libertad no hay reflexión, sin libertad no es factible el pensar especializado y mucho menos el intercambio honesto en procura de conocer lo verdadero.

Arriba decía con otras palabras que el medioambiente propicio para el trabajo de caminar por el pensamiento era el de la tolerancia, la alteridad, el reconocimiento del otro como un igual; el de la cooperación de iguales situados en un mismo plano espiritual y material, porque la libertad sin real igualdad se vacía de todo contenido. Por eso esta Universidad libre, democrática, laica y gratuita ha de perseverar en ello con obstinación, pero sin dogmas.

Solo de esa manera convertiremos a este mundo, a nuestro pequeño mundo, en un lugar digno de ser vivido y no en un drama cotidiano.

Por eso es por lo que se escribe.

Género y sistema judicial: un análisis sobre la situación de las mujeres en el Poder Judicial del Chubut

Por Cecilia Isabel Vallejos²

a) Introducción.

A raíz de los debates abiertos a partir de la polémica en torno a la incorporación de mujeres al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut en los últimos cuatro años, se abrió también un espacio de discusión y de visibilización de las mujeres dentro de dicho poder. El hecho de que solo dos mujeres hayan sido nombradas, manteniendo la composición masculina mayoritaria, da cuenta para muchos colectivos feministas cómo las estructuras patriarcales y androcéntricas se perpetúan, imposibilitando una verdadera reforma y transformación de uno de los poderes más cuestionados por la sociedad.

Dicho esto, este trabajo es un intento por aproximarnos a la realidad de las empleadas, funcionarias y magistradas judiciales, a través de un análisis en torno a la discusión entre lo público y lo privado, el peso de las asignaciones de roles, y de injusticia epistémica. Remarcando como falta de políticas públicas con perspectiva de género, la imposición de estereotipos, y la llamada segregación horizontal dan cuenta sobre la necesidad de pensar y repensar las prácticas judiciales para un servicio de justicia mucho más democrático e igualitario.

b) El Poder Judicial del Chubut. Un reflejo del diseño androcéntrico del sistema judicial.

Hasta diciembre de 2021 nunca en la historia de Chubut habían ocupado cargos en el Superior Tribunal de Justicia ninguna mujer, siendo las Dras. Banfi Saavedra y Bustos las primeras en llegar a la más alta magistratura provincial. Sin embargo, su designación estuvo acompañada de duros debates y críticas, en especial porque a pesar de finalmente cubrir una deuda histórica con las mujeres del derecho en Chubut, el Alto Tribunal continúa siendo ocupado en su mayoría por varones. Dando cuenta, por lo tanto, que en el Siglo XXI aun el Poder Judicial como los demás Poderes del Estado siguen marcados

² Cecilia I. Vallejos. Abogada UNPSJB. Lic. Cs. Políticas UNPSJB. Especialista en Derecho Procesal Civil UBA. Maestranda en Género y Políticas Públicas FLACSO PRIGEPP. Maestranda LLM - DC UA. Diplomada en Derecho Constitucional Profundizado UA. Diplomada en Derecho Procesal Constitucional UA. Diplomada en Estudios Feministas UNCAUS. Abogada Adjunta de la Asesoría de Familia de la ciudad de Esquel. Docente por concurso en las cátedras de Derechos Reales y Derecho de las Familias de la Facultad de Cs. Jurídicas UNPSJB. Miembro de la Red de Mujeres para la Justicia. Miembro de la Asociación de Magistrados y Funcionariado Judicial de la Provincia de Chubut.

y dirigidos por un pensamiento claramente androcéntrico, que se resiste a que más mujeres ocupen lugares de decisión y poder.

Aun a pesar de que la población femenina es mayoritaria en los cargos de funcionarias en un 64% y en empleadas un 63,4%, lo cierto es que a medida que se avanza hacia cargos de magistratura (jueces, fiscales, defensores) dicho porcentaje disminuye, pues solo un 41% de cargos es ocupado por mujeres y el resto por hombres³. Es decir, la segregación vertical es patente, se nota y mucho. Otro punto interesante para analizar es como las mujeres aun a pesar de contar con mayores capacitaciones llegan en menor cantidad a los altos puestos y con edades mayores en comparación a la de los hombres. Un estudio realizado por la Oficina de la Mujer de la corte Suprema de Justicia releva que el 34,7% de las mujeres que concursan tienen título de doctorado o maestría contra un 30,2% de los hombres⁴.

Con solo estos datos, podemos dar cuenta de la existencia de una segregación que impacta y reafirma patrones que van configurando imperceptiblemente las carreras de las mujeres; ya sea para postularse, ya sea para elegir la rama del derecho en la cual especializarse. Bergallo señala que se debe a la existencia de restricciones institucionales en la estructura y funcionamiento de los mecanismos de selección que contribuye y reproduce “estructuras existentes de segregación vertical y horizontal por sexo en la Magistratura, perpetuando el típico “techo de cristal” que enfrentan las mujeres en los distintos ámbitos de trabajo”⁵. Esto se puede verificar visitando la página web del Poder Judicial del Chubut⁶, en la que se observa que hay determinados temas en los que las mujeres lideran en número: por ejemplo, de nueve cargos para jueces Civiles y Comerciales 6 son ocupados por mujeres, de siete Juzgados Laborales 4 son ocupados por mujeres y la mayor diferencia se observa en los Juzgados de Familia, de los 13 que hay en Chubut 10 son ocupados por mujeres.

³ Oficina de la Mujer. Análisis de la discriminación estructural en el acceso en condiciones de igualdad de las mujeres a los cargos de máxima jerarquía en los Poderes Judiciales de la Argentina. Rawson. Superior Tribunal de Justicia del Chubut, 2020: pp. 6-7.

⁴ Oficina de la Mujer. CSJN. (diciembre de 2014). Acceso de las mujeres a la Magistratura: Perfil de las/os postulantes a los concursos. Obtenido de <https://www.csjn.gov.ar/om/docs/techo.pdf>. P. 10.

⁵ Bergallo, P. (2005). ¿Un techo de cristal en el Poder Judicial? Selección de los jueces federales y nacionales. En C. Motta, & L. Cabal, Más allá del derecho: justicia y género en América Latina (págs. 145-217). Bogotá: Editores Universidad de los Andes CESO. p. 150.

⁶ Poder Judicial de la Provincia de Chubut. (s.f.). Mapa de la justicia de Chubut. Obtenido de <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/organizacion/poder-judicial/mapa-judicial>

Tabla 1. Composición de los Juzgados de Primera Instancia de la Provincia de Chubut:

	Total de cargos ocupados	Cargos ocupados por mujeres	Cargos ocupados por hombres
Juzgados de Familia	13	10	3
Juzgados Civiles y Comerciales	9	6	3
Juzgados de Ejecución	8	2	6
Juzgados Laborales	7	4	3
Jueces Penales	40	19	21
Juzgado Universal	1		1
TOTAL	78	41	37

Fuente: Mapa de la Justicia del Chubut. Página oficial del Poder Judicial de la Provincia de Chubut. <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/organizacion/poder-judicial/mapa-judicial>.

Esto refleja una clara tendencia de mayor ocupación femenina en ramas del derecho específicas como es el Civil y Familia; mientras que las Cámaras de Apelaciones y los Juzgados penales constituyen territorio mayoritariamente masculino.

Tabla 2. Composición de las Cámaras de Apelaciones de la Provincia de Chubut:

	Total de cargos ocupados	Cargos ocupados por mujeres	Cargos ocupados por hombres
Jueces de Cámaras en lo Civil, Comercial, Laboral y Familia	18	5	13
Jueces de Cámaras Penales	13	4	9
TOTAL	31	9	22

Fuente: Mapa de la Justicia del Chubut. Página oficial del Poder Judicial de la Provincia de Chubut. <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/organizacion/poder-judicial/mapa-judicial>.

Y en estos últimos casos, los números alarman, porque la desigual composición es enorme, porque quienes definen en última instancia son mayoritariamente hombres aun a pesar de tener una composición en primera instancia casi paritaria en cuanto al género. En consecuencia, al desigual acceso a los altos cargos judiciales se observa además áreas “feminizadas”, que no inciden en las tomas de decisiones de la política judicial, pues las Cámaras tanto Civiles y Penales siguen siendo en su mayoría ocupadas por hombres, y esto puede deberse a que los espacios compuestos en su mayoría por mujeres “se vacía del poder y prestigio que antes gozaba volviendo la victoria de las mujeres una victoria pírrica”⁷.

c) Una crítica al derecho.

Algo de lo que no debemos olvidarnos es que el derecho siempre ha sido el proveedor de los fundamentos para el establecimiento del poder, no solo del estatal sino también del poder cultural, social y también sobre el género, dado que “transmite, funcionaliza relaciones que no son exclusivamente relaciones de soberanía sino de dominación”⁸. De esta forma el derecho se ha valido de la diferenciación entre hombre y mujer, público y privado, universal y particular, objetivo y emocional; para establecer exclusiones y jerarquías en las que la referencia es el hombre blanco adulto⁹. Por lo que es correcto afirmar que el derecho no es masculino por estructura y vocación; lo es en cuanto ha sido históricamente elaborado por los varones nos recuerda Dahl¹⁰.

La resistencia que aún se encuentra por el establecimiento de medidas de acción de afirmativa, que garantice una verdadera igualdad de oportunidades dentro de las carreras judiciales, está íntimamente ligada con la conformación de estereotipos y con lo que implica la presencia de magistradas en un terreno durante siglos masculino; una razón puede ser la vinculada a que “las mujeres en la magistratura constituyeron un atentado al modelo familiar tradicional, a los atributos constitutivos de la profesión y, a la vez, una competencia por la que los magistrados, eran plenamente conscientes de su frágil

⁷ Jaramillo Sierra, I. C. (2017). La paridad como argumento de la emancipación: oportunidades y límites. En P. M. Bergallo, *Hacia políticas judiciales de género* (págs. 261-269). CABA: Editorial Jusbaire. P. 265

⁸ Hartmann, H. (1979). *Un matrimonio mal avenido: hacia una unión más progresiva entre marxismo y feminismo*. Papers de la fundació, 88. Fundació Campalans. P. 142.

⁹ Algunas de las autoras que han tratado el tema: Millet, K. (1970). *Política sexual*. Madrid: Ediciones Cátedra - Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. Barcelona: Anthropos.

¹⁰ Stang Dahl, T. (1986). *Building Women's Law*. *International Journal of Sociology of Law.*, 14-24.

posición”¹¹ de tal manera, aun sin tener obstáculos tangibles en las carreras de las mujeres, siguen existiendo, porque si no, cómo se explica la diferencia tan alta en los Juzgados de segunda instancia para con los de primera. Esta segregación vertical puede incluso deberse a que “las mujeres llegan a los niveles más altos muy lentamente”¹², esto muchas veces ligado con la asignación de roles en materia de las tareas domésticas y de cuidado, ya que se observa en cuanto a los concursos que “la edad promedio de las mujeres al momento de presentarse es de un año y medio más que los varones”¹³. La falta de políticas de cuidado, y la consideración en “iguales condiciones” laborales de hombres y mujeres en el Poder Judicial invisibiliza la particularidad de las condiciones de las mujeres tras el manto de lo “universal”; que justifica la falta de herramientas que igualen las condiciones fácticas en las carreras judiciales y que realmente posibiliten y alienten políticas que tiendan a erradicar aquellas barreras que atrasan y obturan el avance de las mujeres.

Hay estudios, que dan cuenta sobre como las tareas de cuidado no solo impactan en las carreras, sino que incluso condicionan la toma de decisión para concursar, uno de ellos refiere que “las mujeres ternadas sin hijos superan por 9 puntos porcentuales a los varones en la misma condición, lo que permite inferir un impacto diferencial derivado del ejercicio de la maternidad y las tareas de cuidado asociadas a esta etapa. Tales cuestiones, para las mujeres, podrían instalarse y percibirse como obstáculos al momento de concursar, mientras que para los varones parecerían tener una menor gravitación”¹⁴. Una mujer con hijos piensa mucho en cuanto a la distribución de sus horarios para el cuidado de la familia antes de inscribirse a un concurso, mientras que para los hombres la presencia de hijos no se configura como un elemento que obstaculice la preparación para el examen. De esta manera, podemos afirmar que las profesiones no son neutrales en cuanto al género y, “las carreras y los proyectos de las mujeres arrastran una carga desigual en virtud de lo que para la vida de ellas conllevan, en términos de opciones personales y familiares”¹⁵.

¹¹ Boigeol, A. (2005). Las mujeres y la Corte. La difícil implementación de la igualdad de sexos en el acceso a la magistratura. *Revista Academia* 3(6), p. 23.

¹² Gastianzoro, M. (2013). Género y trabajo: mujeres en el Poder Judicial. Córdoba: Editorial Centro de estudios Avanzados, p. 44.

¹³ Oficina de la Mujer. CSJN. (diciembre de 2014). Acceso de las mujeres a la Magistratura: Perfil de las/os postulantes a los concursos. Obtenido de <https://www.csjn.gov.ar/om/docs/techo.pdf>

¹⁴ Giani, L. (2018). El impacto del género en el proceso de selección de fiscales. Análisis de la situación de las aspirantes mujeres a los espacios de decisión y mayor jerarquía del Ministerio Público Fiscal. CABA: Ministerio Público Fiscal, p. 33.

¹⁵ Martin, A. L., Queirolo, G., & Ramacciotti, K. (2019). Mujeres y profesiones en la historia: un recorrido introductorio. En A. L. Martin, G. Queirolo, & K. Ramacciotti, *Mujeres, saberes y profesiones. Un recorrido desde las ciencias sociales* (págs. 11 - 22). Buenos Aires: Biblios, p. 15.

Otro tema que no quiero dejar de lado, y que se evidencia en la información recabada en cuanto a la composición de las magistraturas provinciales, es el de la presencia de áreas “feminizadas”; y de otras que continúan siendo terreno casi exclusivo de los hombres. Centrémonos en el caso de los Juzgados de Familia, hemos observado en el Mapa de la Justicia que figura en la página web del Poder Judicial de la Provincia de Chubut que, de los 11 Juzgados, 9 están en cabeza de mujeres; ¿la razón? pues, se puede sostener porque “los juzgados de familia se erigen como puente entre el ámbito privado del hogar y las instituciones del ámbito público”¹⁶, pudiendo evidenciarse como se sigue vinculando a la mujer con lo privado. Así lo ha mencionado Gastianzoro en sus investigaciones en cuanto a la existencia de cierta tendencia de las mujeres de optar por “áreas vinculadas a la maternidad y crianza de los niños, y que los hombres se interesen por las áreas más prestigiosas del derecho”¹⁷. Perpetuando de esta forma una creencia en cuanto a la “disminución de la validez de determinadas áreas de conocimiento” configurándose una clara injusticia en términos epistemológicos como nos enseña Fricker¹⁸, y contribuyendo al reforzamiento de jerarquías basadas en pseudo capacidades ligadas por el género.

Vale una aclaración, este patrón no solo es propio de las judicaturas, en los Ministerios Públicos tanto Fiscal como de la Defensa se repite, así da cuenta el informe presentado ante el Ministerio Público Fiscal de la Nación concluye que a pesar de que en materia penal hay un claro predominio masculino con una alta subrepresentación femenina, en las fiscalías destinadas a trabajar con adolescentes con conflicto con la ley penal “la proporción de mujeres designadas duplica a la de varones y da cuenta de la persistencia de procesos de segregación horizontal por género en la ocupación de los puestos de toma de decisiones del MPF”¹⁹. Esta segregación horizontal también ha sido advertida por órganos internacionales, como es el caso del Secretario General de las Naciones Unidas ante la Asamblea General en el 2011 quien refirió que “Las mujeres a menudo son limitadas o presionadas a trabajar en casos de “bajo perfil”, en áreas del

¹⁶ Gastianzoro, Op. Cit., p. 86.

¹⁷ Gastianzoro, M. E. (2008). La concentración de las mujeres en la administración de justicia. Anuario de la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derechos y ciencias Sociales, centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. 11, 705 – 722, p. 708.

¹⁸ Fricker, M. (2017). Injusticia epistémica. Barcelona: Herder Editorial.

¹⁹ Giani, L., Op.Cit., p. 26.

derecho que tradicionalmente se asocian con las mujeres, como el derecho de familia, o confinadas a trabajar en los tribunales inferiores.”²⁰

d) Igualdad y paridad de género en el Poder Judicial ¿Posibilidad o imposibilidad?

Alicia en el País de las Maravillas nos dice que debemos pensar al menos 6 imposibilidades antes de comenzar el día; y ahí está la cuestión: ¿lograremos un sistema judicial igualitario, paritario y diverso? En ese sentido lo primero que debemos tener en cuenta es que “la pregunta sobre la igualdad es una pregunta sobre el poder”²¹ y, ¿los hombres están dispuestos a compartir ese poder?

Las leyes existen, sí, pero su eficacia dista mucho de satisfacer la demanda de una configuración más igualitaria de los ámbitos laborales y académicos; mucho de esto se debe por cómo se redactan y piensan las normas, por lo que como bien nos remarca Patricia Gómez “ninguna herramienta jurídica puede pretenderse universal si su alcance es ambiguo e invisibiliza a las personas por sus condiciones físicas o de cualquier otra especie”²², allí radica la importancia de indagar sobre los términos de la igualdad es indagar sobre los sujetos que son comprendidos o no en el lenguaje de los derechos. La Convención Sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) vincula las nociones de igualdad y discriminación en el artículo 11 al decir que “1. Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular (...)

b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo”. Sin embargo, lo que se observa es que en su diseño continúa signada “por la predominancia de los masculino y en que la categoría universal desde la cual se analiza y decide – bajo una supuesta neutralidad – sigue siendo el hombre y lo masculino”²³. Por lo que, hablar de igualdad de condiciones,

²⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. (2011). Nota del Secretario General, Independencia de los jueces y abogados, párrs. 23-24.

²¹ MacKinnon, C. (2014). *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 71.

²² Gómez, P. (2020). Androcentrismo jurídico y subalternización de sujetos de derechos a través del lenguaje. En D. Maffia, P. Gómez, & e. al., *Intervenciones feministas para la igualdad y la justicia* (págs. 114 - 135). CABA: Editorial Jusbaire, p. 118.

²³ Benavente Riquelme, M., & Valdés Barrientos, A. (2014). *Políticas públicas para la igualdad de género: un aporte para la autonomía de las mujeres*. Santiago de Chile: CEPAL.

pero no hacer nada para revertir las desigualdades, no es pensar con perspectiva de género.

Es llamativo que si bien en Argentina y en Chubut se ha avanzado en materia de paridad de género en materia de representación política (a nivel nacional la Ley 27.412 y a nivel provincial la Ley XII N° 12); hay un silencio normativo en el ámbito judicial. Solo se intentó una vez en Chubut, fue mediante el proyecto de Ley 52/20 presentado ante la Legislatura del Chubut por la Diputada Mónica Saso que en su artículo 3 intentaba modificar la Ley que reglamenta la designación de los ministros del Superior Tribunal de Justicia para lograr una composición paritaria en cuanto al género. Sin embargo, el día de su tratamiento no logró el quorum necesario, impidiendo que se discuta en el recinto esa posibilidad ²⁴.

Hasta que no se logren herramientas jurídicas y políticas públicas que aseguren un acceso real a oportunidades, que erradiquen los obstáculos existentes y se modifiquen las estructuras mismas de las practicas judiciales patriarcales y androcéntricas; no se alcanzará una participación real y paritaria de las mujeres que nos permite participar a la par con otros²⁵, ya que no solo es cuestión de carreras judiciales, sino también lo es en términos de reconocimiento de ciudadanías plenas para, en definitiva, un sano ejercicio democrático y plural. Así lo ha señalado el informe del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones unidas al referir que: “La participación profesional de las mujeres en el sector de la justicia es tanto un derecho humano como un componente crucial de la buena gobernanza”²⁶. La Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia reitera dichos compromisos: “Tomen medidas, incluso medidas especiales de carácter temporal, para garantizar que las mujeres estén igualmente representadas en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley, como los magistrados, jueces, fiscales, defensores públicos, abogados, administradores, mediadores, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, funcionarios judiciales y de la justicia penal y especialistas, así como en otras capacidades profesionales”²⁷.

²⁴ El patagónico. (26 de 08 de 2021). Legislatura: rechazaron el tratamiento de paridad de género en el Superior Tribunal. El patagónico, Obtenido de <https://www.elpatagonico.com/legislatura-rechazaron-el-tratamiento-paridad-genero-el-superior-tribunal-n5261953>

²⁵ Fraser, N. (2008). Escalas de justicia. Barcelona: Herder.

²⁶ ONU Mujeres, IDLO, Banco Mundial, Grupo de Trabajo sobre Justicia. (2019). Justicia para las mujeres. Informe del Grupo de Alto Nivel. ONU Mujeres, p. 34.

²⁷ CEDAW. Comité para la Eliminación de la Discriminación. (2015). Recomendación N° 33 Sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párr. 15.

e) Conclusiones.

Lo doméstico sigue impactando en lo laboral de miles de mujeres, atrasando sus propias carreras, confinándolas a determinadas ramas del derecho “feminizadas” como si ello fuera algo de menor valor o relevancia, reservándose a los hombres aquello que tiene preponderancia en lo público (juzgados penales, cámaras de apelaciones, superiores tribunales). Hay magistradas, sí, pero su número es diametralmente inferior si se compara con la cantidad de funcionarias judiciales que hay en los poderes judiciales, y Chubut tiene una deuda enorme con las mujeres del derecho, como así los tiene la Argentina en general.

La importancia de los movimientos de mujeres es protagónica, porque no basta con la designación de una o dos o tres mujeres en el alto tribunal, sino que las prácticas y las políticas públicas verdaderamente rompan las capas de obstáculos que enfrentan día a día. Que lo público deje de ser el espacio masculino donde se elabora el poder, es derribar a lo privado como lugar de confinamiento de las mujeres. Abrir el juego, reconocer, redistribuir a todes. La clave del desafío para una igualdad emancipadora es el centrado en la perspectiva de la participación, porque “nadie puede participar de una argumentación mientras se encuentre privado de condiciones mínimas de vida (redistribución) o bien ni siquiera sea considerado un interlocutor válido (reconocimiento)”²⁸.

La igualdad no es un tema solo de derecho, es un tema político; es un tema que encierra la discusión del poder, de quienes diseñan el sistema. Una igualdad real, una igual no solo de acceso a recursos materiales sino al acceso al reconocimiento como sujeto hablante; ese lugar de portador de un discurso con valor es lo que nos permitirá mejorar en términos democráticos, pero mucho más importante en términos de igualdad de géneros. Una igualdad real para que dejen de ser excepciones las mujeres que llegan al poder, y que las mujeres que lo logran ayuden a las demás a alcanzar sus metas, eso es en definitiva la sororidad que necesitamos para construir una justicia feminista porque “podemos sostenernos entre nosotras si no nos postergamos”²⁹.

²⁸ Clérico, L., & Aldao, M. (2011). Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. *Lecciones y Ensayos*, 141 – 179, p. 153.

²⁹ Ahmed, S. (2021). *Vivir una vida feminista*. CABA: Caja Negra, p. 466.

*La legitimidad de la protesta social y de los cortes de ruta en los informes de
la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Por Juan Manuel Salgado³⁰

a) Introducción.

Resulta obvio reconocer que la interpretación de la legislación debe realizarse de conformidad con el giro que el sistema jurídico argentino ha adoptado a partir del establecimiento de la democracia y de la reforma constitucional. Pero no se reconoce con la misma facilidad que para ello es necesario –tal como lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación– adoptar los criterios y estándares establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos y especialmente los determinados por los órganos de aplicación de cada tratado.

De allí que reiteradas posturas contrarias al ejercicio amplio de estos derechos por parte de los sectores socialmente excluidos –posturas cuyas motivaciones sociológicas y políticas no se tratarán en este artículo– requieren una somera indicación de los criterios de la jurisprudencia internacional que descalifican numerosos pronunciamientos jurisdiccionales criminalizadores de la protesta social.

En el ejercicio regular de la protesta se halla uno de los supuestos más graves de desconocimiento de los estándares internacionales de derechos humanos por parte de los órganos estatales. No es el único, puesto que en un nivel similar de vulneración encontramos también los derechos de los pueblos originarios y otros más, pero escojo esta temática puesto que se trata de una cuestión en donde los niveles de información jurídica han caído por debajo de un mínimo aceptable.

b) El paradigma jurídico de la supremacía de los derechos humanos.

En el presente año se cumplirán cuatro décadas del retorno a la democracia y el año próximo hará treinta años de la reforma constitucional que nos rige. Estas dos conmemoraciones llaman a reflexionar sobre su alcance en el ámbito jurídico, especialmente cuando afloran posturas y decisiones –tanto dentro como fuera de los tribunales– que tratan de cambiar el rumbo democrático que los argentinos adoptamos unánimemente en 1983 para dejar atrás una de las épocas más oscuras de nuestra historia.

³⁰ Docente de Filosofía del Derecho y de Derechos Humanos y Garantías y miembro de la Cátedra Abierta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en la UNPSJB. Ex docente de Teoría del Derecho y ex director de la Maestría y Especialización en Derechos Humanos en la Universidad Nacional del Comahue.

Entre los componentes del pacto democrático de 1983 propuesto por el entonces presidente Raúl Alfonsín, que contó con la adhesión de la totalidad de los representantes políticos electos y que tenía por finalidad establecer las condiciones para cerrar el camino a nuevas aventuras autoritarias, junto con el juzgamiento de los responsables de los delitos de lesa humanidad se encontraba también la incorporación plena de la República Argentina al derecho internacional de los derechos humanos reconociendo la jurisdicción de los órganos supranacionales. Esta decisión buscaba que todas las instancias del Estado argentino adecuaran sus normas y prácticas establecidas en décadas de regímenes autoritarios a los estándares internacionales propios de democracias plurales e inclusivas.

La reforma constitucional de 1994 acentuó esta orientación incorporando a su texto a los principales tratados de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”, con lo que por una parte les reconocía la jerarquía normativa superior que los operadores locales no solían comprender y al mismo tiempo impedía que futuros gobiernos pudieran desvincular legislativamente al país de la obligatoriedad de los instrumentos internacionales.

Pese a ello, en los ámbitos tribunalicios, especialmente en las prácticas cotidianas que afectan la vida de las personas comunes y no suelen salir en los medios periodísticos, este drástico giro hacia un paradigma democrático que debía orientar las decisiones jurisdiccionales teniendo en mira la vigencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, tuvo y tiene aún enormes resistencias propias de un estamento profesional educado en un positivismo legal apto para encubrir ideologías conservadoras y privilegios corporativos. Pese a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, casi desde el inicio de su conformación destacó que “en una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad”,³¹ disolviendo esa diferenciación positivista entre derecho y política democrática que había sido el sostén de la práctica legal durante las dictaduras, muy excepcionalmente las decisiones de los tribunales inferiores se fundamentan tomando como orientación las necesidades de fortalecer los principios democráticos que guían el derecho internacional de derechos humanos.

c) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

³¹ Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párrafo 32.

Esta generalizada omisión de aplicar o interpretar la legislación local sin poner en juego sus efectos en el desarrollo de prácticas sociales democráticas, no sólo contradice la jurisprudencia internacional sino también la doctrina constante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que aún antes de la reforma constitucional había destacado claramente la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos por sobre las leyes internas.

Hay que comenzar recordando que a partir de 1992³² la Corte señaló el deber de los tribunales de asignar primacía a los tratados internacionales de derechos humanos sobre cualquier norma interna que los contraríe. Una línea jurisprudencial que se profundiza luego de la incorporación de esos tratados a la Constitución Nacional y que se ha mantenido hasta el presente. A los fines de este trabajo resulta relevante destacar que la Corte ha determinado que el cumplimiento de los tratados incluye guiarse por los criterios de los órganos establecidos para su interpretación.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya estructura y funciones se establecen en la Carta de la O.E.A. y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es el órgano central en la promoción y defensa de los derechos humanos en el continente, con funciones definidas en su propio Estatuto así como en los artículos 33 y 41 de la Convención y con atribuciones para interpretar tanto la Declaración como la Convención americanas.³³ Esta competencia ha sido reconocida expresamente por la República Argentina desde 1984 al aprobarse ese tratado por el Congreso Nacional, mediante el artículo 2° de la ley 23.054, y ratificada en la reforma constitucional. Así lo ha resuelto también la Corte Suprema en 1996 al determinar que “la ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, 2° párrafo) esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los

³² CSJN, Caso “Ekmedkjian”, Fallos: 315:1492.

³³ Faúndez Ledesma, Héctor; El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, III Ed., 2004, Primera Parte, capítulos I y II.

casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2° de la ley 23.054”.³⁴

Esta línea jurisprudencial ha sido una constante en la Corte y más recientemente, en una sentencia del año 2013, el máximo tribunal se ha expedido sobre la obligatoriedad de los informes de la Comisión señalando que “en virtud del principio de buena fe, consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969, Convención de Viena), si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos”.³⁵

Esta breve aunque incompleta reseña de la constante línea jurisprudencial de la Corte Suprema en orden a la aplicación de la interpretación de la Convención realizada por la Comisión Interamericana, resulta necesaria para adentrarnos en el tema particular de la protesta social abordando sus aristas desde los principios democráticos que informan al sistema interamericano de derechos humanos.

d) La protesta social es una manifestación de la libertad de expresión y de los derechos de reunión y asociación.

Después de más de una década de considerar la protesta social en informes generales sobre libertad de expresión, seguridad ciudadana y garantías a los defensores y defensoras de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tomó la decisión de redactar el informe “Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal” en el año 2019.

La guía teórica para considerar el tema se halla en las necesidades y garantías del sistema democrático. “La protesta social”, comienza diciendo el Informe, “es un elemento esencial para la existencia y consolidación de sociedades democráticas y se encuentra protegida por una constelación de derechos y libertades (...) En efecto, los derechos a la libertad de expresión, reunión pacífica y asociación garantizan y protegen diversas formas –individuales y colectivas– de expresar públicamente opiniones, disenso, demandar el

³⁴ CSJN, Caso “Bramajo”, Fallos: 319:1840.

³⁵ CSJN, Caso “Carranza Latrubesse”, Fallos: 336:1024.

cumplimiento de los derechos sociales, culturales y ambientales y afirmar la identidad de grupos históricamente discriminados. La protesta también juega un papel central en la defensa de la democracia y los derechos humanos. De acuerdo a los instrumentos del sistema interamericano, el ejercicio conjunto de estos derechos fundamentales hace posible el juego democrático”.³⁶

Señala luego la Comisión que pese a la protección que el derecho internacional de los derechos humanos brinda a la protesta social, ésta suele ser enfrentada con acciones estatales de represión, dispersión y limitación “producto de una concepción arraigada que considera a la movilización ciudadana como una forma de alteración del orden público o como una amenaza a la estabilidad de las instituciones democráticas”.³⁷

Es en base a la primacía que tiene el libre juego democrático como garantía esencial de la vida libre en una sociedad, que respecto a la modalidad de protesta social conocida como “corte de ruta desde hace más de dos décadas la Comisión Interamericana ha expresado reiteradamente que en tanto ésta sea pacífica y sin exhibición de armas constituye un ejercicio legítimo de las libertades de expresión, reunión y asociación, reconocidas en los artículos 13, 15 y 16 de la Convención Americana. De este modo, “al momento de hacer un balance entre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático”.³⁸

Como el derecho a la protesta “es uno de los más importantes fundamentos de la vida democrática... es preciso tolerar que las manifestaciones generen cierto nivel de perturbación en la vida cotidiana, por ejemplo, con relación al tráfico y las actividades comerciales, a fin de no privar de su esencia al derecho de reunión pacífica.”³⁹ De allí que recientemente, el 20 de junio de 2023, la Comisión emitiera un comunicado específicamente sobre la situación en la República Argentina expresando que “En cuanto

³⁶ CIDH, Protesta y Derechos Humanos, 2019, Prólogo, párrafos primero y segundo (el subrayado me pertenece).

³⁷ Ídem, párrafo tercero.

³⁸ CIDH, Informe anual año 2005, Informe anexo sobre libertad de expresión, Cap. V, párrafo 94.

³⁹ CIDH, Informe sobre Protesta y Derechos Humanos, 2019, párrafo 154.

a los cortes de ruta, se recuerda al Estado que estas son modalidades legítimas y protegidas por el derecho a la protesta”.⁴⁰

Creo que es necesario, a fin de comprender los derechos en juego que fundamentan esta afirmación, relevar someramente la doctrina elaborada al respecto por la Comisión Interamericana en las últimas décadas. Así, en su Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos del año 2009 la Comisión expresó que “El derecho de reunión, tal como se ha definido en el plano internacional y en los ordenamientos jurídicos internos de rango constitucional en los países de la región, tiene como requisito identificatorio el de ejercerse de manera pacífica y sin armas. La Comisión reconoce que en algunas ocasiones el ejercicio de este derecho distorsiona la rutina de funcionamiento cotidiano, especialmente en las grandes concentraciones urbanas, y que, inclusive, puede llegar a generar molestias o afectar el ejercicio de otros derechos que merecen de la protección y garantía estatal, como, por ejemplo, el derecho a la libre circulación. Sin embargo, este tipo de alteraciones son parte de la mecánica de una sociedad plural, donde conviven intereses diversos, muchas veces contradictorios y que deben encontrar los espacios y canales mediante los cuales expresarse. La Comisión ha señalado, además, la íntima relación entre el derecho de reunión y la libertad de expresión, al afirmar que ‘(...) en el momento de hacer un balance sobre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente al nervio principal del sistema democrático’”.⁴¹

En las observaciones y recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana a Colombia en el año 2021, se expuso en relación a los cortes de ruta que “La protesta pacífica ha cumplido un rol esencial en dar visibilidad a reclamos que requieren ser atendidos y voces que deben ser escuchadas. A su vez, ha contribuido a que las autoridades de los distintos niveles tengan una mejor comprensión de asuntos que afectan a la ciudadanía. La Comisión valora este momento como una oportunidad para el fortalecimiento del sistema democrático y la garantía de los derechos humanos”.⁴² “La CIDH recuerda que es preciso tolerar que las manifestaciones generen cierto nivel de

⁴⁰CIDH, Argentina debe respetar estándares de uso de la fuerza provincial durante las protestas en Jujuy, 20/06/23, <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/127.asp>.

⁴¹ CIDH, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 2009, párrafo 198, con cita del Informe mencionado en la nota 8.

⁴² CIDH, Observaciones y Recomendaciones. Visita de Trabajo a Colombia, 2021, párrafo 24.

perturbación de la vida cotidiana, por ejemplo, con relación al tráfico y las actividades comerciales, a fin de no privar de su esencia al derecho de reunión pacífica. Para la Comisión, el ‘grado de tolerancia’ adecuado no puede definirse en abstracto y por lo tanto corresponde al Estado examinar las circunstancias particulares de cada caso con respecto al alcance de la perturbación admisible a la vida cotidiana”.⁴³

En su último informe de este año 2023 referido a la situación de Perú en relación a las protestas sociales, la Comisión expuso que “El marco jurídico interamericano protege diversas modalidades de protesta, inclusive las que generan cierta disrupción de la vida cotidiana como forma de amplificar voces o de visibilizar demandas sociales, que de otro modo difícilmente ingresarían a la agenda o serían parte de la deliberación pública. La ocupación de espacios públicos y las obstrucciones de vías, tales como bloqueos, tienen un lugar central en las protestas pacíficas de grupos históricamente discriminados precisamente porque ofrecen oportunidades para que se les preste atención. Sin embargo, de acuerdo con los estándares interamericanos, el derecho a la protesta no es absoluto y admite restricciones para proteger los derechos humanos de todas las personas, tanto de las que participan, como de las que no participan en las protestas”.⁴⁴

En este último sentido aclaró que “La CIDH reconoce que podría haber casos muy excepcionales en los que, por la extensión en el tiempo, la intensidad y la escala de las afectaciones, las autoridades tomen, de forma legal y legítima, la decisión de dispersar una protesta. Dicha orden deberá considerar que el ‘grado de tolerancia’ adecuado no puede definirse en abstracto y por lo tanto corresponde al Estado examinar las circunstancias particulares de cada caso con respecto al alcance de la perturbación. Al respecto, la Comisión reitera que dicha orden debe estar fundamentada en el riesgo grave para la vida o la integridad física de las personas; y cuando no fueran posibles otras medidas menos lesivas para proteger esos derechos”.⁴⁵

Me he extendido en las citas por cuanto las mismas resultan claramente contrarias a la arraigada ideología de nuestros operadores judiciales y policiales a la que ha hecho referencia la Comisión en el prólogo de su Informe sobre protesta y derechos humanos, y muestran cómo el Estado se encuentra en la obligación de proteger las distintas

⁴³ Ídem, párrafo 156.

⁴⁴ CIDH, Situación de los Derechos Humanos en Perú en el contexto de Protestas Sociales, 2023, párrafo 225.

⁴⁵ Ídem, párrafo 235.

modalidades de protesta ya que éstas constituyen una garantía indispensable para la inclusión en la vida democrática de gran parte de la población.

e) La inconstitucionalidad de la aplicación de tipos penales a los cortes de ruta.

Respecto a la utilización de tipos penales como el del artículo 194 de nuestro código penal con el fin de ilegalizar las protestas sociales, la Comisión ha expresado que “los Estados deben dejar de aplicar tipos penales que convierten en actos criminales conductas comúnmente observadas en protestas, como los cortes de ruta o los actos de desorden que, en sí mismos, no afectan bienes como la vida, la seguridad o la libertad de las personas pues en el contexto de protestas ellas constituyen formas propias del ejercicio de los derechos de libertad de expresión, de reunión y de libre asociación”.⁴⁶

Ya en el año 2002 la Comisión había destacado que “resulta en principio inadmisibles la criminalización también per se de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión. En otras palabras: se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar que dicha restricción (la criminalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática. Asimismo, es necesario valorar si la imposición de sanciones penales se constituye como el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en espacios públicos. Es importante recordar que la criminalización podría generar en estos casos un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa de los sectores de la sociedad que no pueden acceder a otros canales de denuncia o petición como ser la prensa tradicional o el derecho de petición dentro de los órganos estatales donde el objeto del reclamo se origina. El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado, tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afecta directamente”.⁴⁷

⁴⁶ CIDH, Protesta y Derechos Humanos, 2019, párrafo 208 (el subrayado me pertenece).

⁴⁷ CIDH, Informe anual año 2002, Informe anexo sobre libertad de expresión, Cap. IV, párrafo 35.

En su Informe del año 2007 la Comisión reiteró que “resulta en principio inadmisibles la penalización per se de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y del derecho de reunión. En otras palabras: se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar que dicha limitación (la penalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática. Además, es necesario valorar si la imposición de sanciones penales se constituye como el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en espacios públicos”.⁴⁸

Igualmente, al referirse específicamente a los tipos penales que priorizan la libre circulación por sobre la protesta social, en su Informe sobre la criminalización de las defensoras y defensores de derechos humanos del año 2015 la Comisión Interamericana volvió a señalar que “La libertad de reunión se encuentra consagrada en los artículos XXI de la Declaración Americana y 15 de la Convención Americana. Con respecto a este derecho, la Comisión ha reconocido que en algunas ocasiones su ejercicio ‘distorsiona la rutina de funcionamiento cotidiano, especialmente en las grandes concentraciones urbanas, y que, inclusive, puede llegar a generar molestias o afectar el ejercicio de otros derechos que merecen de la protección y garantía estatal, como, por ejemplo, el derecho a la libre circulación. Sin embargo, ha sostenido que este tipo de alteraciones son parte de la mecánica de una sociedad plural, donde conviven intereses diversos, muchas veces contradictorios y que deben encontrar los espacios y canales mediante los cuales expresarse’.- En este sentido, la Comisión ha indicado que al momento de hacer un balance sobre el derecho de tránsito y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente al nervio principal del sistema democrático. A su vez, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y asociación ha hecho referencia a las Directivas sobre la Libertad de Reunirse Pacíficamente de la Oficina para Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODHIR) de la Organización para la Seguridad y Cooperación en

⁴⁸ CIDH, Informe anual del año 2007, Cap. IV, párrafo 266.

Europa (OSCE) que señalan que ‘el libre flujo del tránsito no debería tener prioridad automáticamente sobre la libertad de reunión pacífica’.⁴⁹

La criminalización de la protesta social, ha sostenido la Comisión Interamericana, “consiste en el uso del poder punitivo del Estado para disuadir, castigar o impedir el ejercicio del derecho a la protesta y en algunos casos, de la participación social y política en forma más amplia, mediante al uso arbitrario, desproporcional o reiterado de la justicia penal o contravencional en contra de manifestantes, activistas, referentes sociales o políticos, por su participación en una protesta social, o el señalamiento de haberla organizado, o por el hecho de formar parte del colectivo o entidad organizadora o convocante”.⁵⁰ El amedrentamiento a las personas u organizaciones para disuadirlas de ejercer sus derechos a la protesta social “no sólo tiene un impacto sobre el derecho de libertad de expresión y reunión sino también efectos graves y sistémicos sobre el ejercicio de los derechos de libertad de asociación y de participación política. En particular la criminalización genera una serie de impactos sobre el funcionamiento y articulación de las organizaciones, partidos políticos, sindicatos, redes, movimientos u otros grupos a los que pertenecen las personas imputadas”⁵¹

No creo que sea necesario continuar reiterando que la Comisión Interamericana contradice frontalmente a la interpretación que muchos tribunales hacen del artículo 194 del código penal negando que los cortes de ruta en el marco de protestas sociales constituyan el ejercicio legítimo de un derecho. Aunque puede parecer que me he excedido en la extensión de las citas, entiendo que ello ha resultado necesario para exponer el nivel de ilegalidades en que incurren las decisiones jurisdiccionales cuando están animadas por ideologías contrarias a la orientación democrática del derecho internacional de los derechos humanos. Claramente tales resoluciones resultan inconstitucionales desde que desconocen la amplitud de la protección brindada por los tratados que obligan al Estado y que han sido incorporados a la Constitución Nacional.

f) Conclusiones.

Afirmar que el ejercicio del derecho a la protesta social constituye una garantía indispensable para la vida democrática y sostener, además, que la interpretación corriente

⁴⁹ CIDH, Informe sobre la Criminalización de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos, 2015, párrafos 125 y 126.

⁵⁰ CIDH, Protesta y Derechos Humanos, 2019, párrafo 188.

⁵¹ Ídem, párrafos 192 y 193.

del artículo 194 del código penal debe retroceder para que el Estado no obstaculice dicho derecho podrían parecer expresiones heréticas para muchos operadores judiciales que han logrado hacer coincidir un positivismo vulgar con su propia ideología antidemocrática o su visión restringida del sistema democrático.

Sin embargo, como he expuesto (tal vez de modo sobreabundante), la protesta social se halla protegida por instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan a nuestro país. La República Argentina ha reconocido la Competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al aprobar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyos artículos 33 y 41 se determinan las atribuciones de dicho organismo, y de modo expreso en el artículo 2° ley 23.054 y al incorporar los tratados a la Constitución Nacional “en las condiciones de su vigencia”. Reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha determinado que los tratados internacionales de derechos humanos deben interpretarse siguiendo los lineamientos que establecen los órganos de aplicación de dichos tratados.⁵²

Asombra por ello, y hasta resulta peligroso para la confianza que deben mantener nuestras instituciones, que numerosos órganos del Poder Judicial de la Nación y de las Provincias, hagan prevalecer su ideología por sobre la aplicación del derecho vigente. He escrito estas notas precisamente con la finalidad de transparentar tanto la extensión de las garantías de derechos humanos como la ilegalidad de las decisiones que las vulneran.

⁵² CSJN, Fallos: 315:1492, 318:527, 319:1840, 331:1664, 331:2499 y muchos otros.

Soberanía, sirenas, unicornios y otros seres mitológicos

Por Günther Flass⁵³

a) Entre mitos y leyendas.

En Madrid, en el barrio de Aravaca, hay una calle llamada “Calle de Unicornio”. En Pinamar, Provincia de Buenos Aires, hay otra que se llama “Sirena”.

No encuentro nada de malo en que a las calles se les pongan nombres de seres mitológicos. Hasta puede ser turísticamente atractivo.

Quizás ello explica el hecho de que en tantas ciudades argentinas hay calles, plazas y avenidas llamadas “Soberanía Nacional”. Esto último sería inocuo si entendiésemos que la soberanía es una entidad tan mitológica como las sirenas o los unicornios. Sencillamente solo existe en la imaginación.

A pesar del título, este trabajo no va a tratar ni de sirenas, ni de unicornios, solo intentare demostrar que la soberanía no es posible, nunca lo fue y ojalá que no llegue a serlo.

Lo dicho seguramente va a despertar resistencia. El concepto de soberanía está muy arraigado no solo en el discurso político, sino también en el lenguaje técnico jurídico. En muchos instrumentos del Derecho Internacional público se menciona a la soberanía. Por ejemplo, el artículo 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas dice que la organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos los Estados, pero en realidad ello es un oxímoron, una contradicción en los propios términos. La soberanía significa estar por sobre todos los demás, el soberano no es igual a nadie, sino superior a todos. No puede haber igualdad que sea a la vez soberana, salvo que los sujetos supuestamente soberanos se encuentren aislados unos de otros y no tengan ningún tipo de relación entre sí, pero inmediatamente, en cuanto hay relación (societas) los derechos del otro limitan los de uno y a la inversa. La soberanía es contraria a la societas y es contraria a lo jurídico. Trataré de demostrarlo.

En mi opinión, el concepto de soberanía es uno de aquellos que, como decía Jorge Luis Borges, proveen comodidad intelectual (Mateo 1997-55)⁵⁴. Ello explica que cualquier objeción respecto a su existencia aparezca siempre como una contrariedad

⁵³ Abogado, Doctor en Derecho, docente en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, juez en la Cámara de Apelaciones de Esquel.

⁵⁴ Mateo, F., “El otro Borges”. Buenos Aires 1997.

pronta a ser desechada. No obstante, en Ciencias Sociales tenemos el permanente deber de cuestionar todo aquello que tienda a erigirse en dogma. Esto solo ya es suficiente para justificar la presente investigación.

b) Soberanía: Un concepto peligroso.

¿Qué hay de malo en creer que la soberanía existe? En realidad, lo peligroso no es creer en la soberanía. Lo verdaderamente peligroso es que en su nombre se hicieron y se hacen tremendos sacrificios, incluso con pérdidas de vidas humanas.

Difícilmente pueda encontrarse una guerra que no se haya hecho para defender la soberanía sobre un determinado territorio que uno de los bandos dice tener y que el otro niega o se la arroga para sí mismo.

Es preocupante ver como se utiliza el concepto de soberanía para dar prestigio a instituciones políticas o jurídicas cuya finalidad manifiesta u oculta es limitar las garantías de los ciudadanos.

Quizás un instrumento útil para detectar dictaduras o para desenmascarar las aspiraciones dictatoriales de los gobernantes, sea observar cuantas veces, sus voceros, mencionan la soberanía en sus discursos (Arbuet Vignale y Barrios 2001–15).

Si algo sirve para justificar guerras y dictaduras debería ser tomado con mucho cuidado y cualquier esfuerzo por acabar con ello devendría loable.

Seguramente se seguirán haciendo guerras y revoluciones en aras de la soberanía; seguramente muchos justificaran a su sombra instituciones arbitrarias y opresivas, pero si se logra demostrar que, desde lo jurídico, no existe nadie que pueda detentar legítimamente un poder soberano, se habrá quitado validez a la excusa. De este modo, y como decía Unamuno, podrán vencer mas no convencer (Nuñez 2014-35/39)

c) Soberanía: un análisis jurídico.

La idea de soberanía puede abordarse desde varios puntos de vista que, siendo muy diferentes, con frecuencia se confunden.

En tanto que un concepto fáctico o empírico, la soberanía aparece como la conducta actual o potencial de un Estado en particular que hace lo que le place⁵⁵

⁵⁵ En realidad, quienes hacen lo que les place son los gobernantes del Estado, pues el Estado, como una entidad ideal que es, no tiene voluntad propia.

Es claro que ello no sucede ni aun con las potencias más poderosas del mundo. A modo de ejemplo: ni China ni Estados Unidos pueden violar el Derecho Internacional público abiertamente y sin ninguna consecuencia.

Entiéndase bien, hay Estados más poderosos que otros y, en ocasiones, las diferencias son inmensas, sin embargo, el poderío de un Estado no se encuentra solo limitado por el poder de sus ejércitos. Hay otras varias circunstancias que los constriñen. Las grandes potencias no pueden hacer lo que quieran (Hillgruber 2009–4). Tienen límites. Caso contrario Estados Unidos ya habría invadido Cuba y China se habría adueñado de Taiwán, pues cualquiera advierte que esos pequeños Estados no tienen poder de fuego para resistirse por más de algunas horas.

Desde el punto de vista fáctico es fácil afirmar que la soberanía no existe, pues ni la más poderosa potencia mundial podría ser considerada soberana.

Sin embargo, tal como se verá más adelante, no es esta la óptica bajo la cual pretendo analizar el concepto de soberanía.

Políticamente la soberanía es un argumento ideológico bastante eficiente para mantener determinado orden social opresivo y un modo de ejercer el poder autoritario⁵⁶. Más que los tanques; que las municiones, o que los uniformados, el principal instrumento que tienen las dictaduras es la inoculación del miedo contra un enemigo real o imaginario que se propone vencer (Arendt 1981–530) Toda dictadura necesita fatalmente construir a su enemigo.

Desde lo político la soberanía es una idea fuerza que sirve para sojuzgar gente y atentar contra las democracias y la paz mundial. Ello no significa que tenga existencia real o empírica. Por más sangre que corra ni los países ni sus dictadores podrán ser soberanos. Aunque sí podrán, en nombre de esta Quimera someter a los habitantes de los territorios propios y ajenos.

Tampoco voy a hacer un análisis político del concepto de soberanía, su existencia o consecuencias.

Junto con el concepto político y el concepto fáctico de la soberanía, puede distinguirse un concepto jurídico, que no se plantea a la soberanía como un hecho, ni como una estrategia de dominación, sino como una facultad. Aquí no se indaga sobre lo

⁵⁶ Una de las peores dictaduras que vivió Argentina, autoproclamada “proceso de reorganización nacional, logró el apoyo masivo cuando, en nombre de la soberanía, decidió zanjar por la fuerza el largo conflicto territorial con Reino Unido sobre las Malvinas. Si la guerra se hubiera ganado es difícil prever cuantos años más habría durado la dictadura. Esto da una pauta de la fuerza que tiene este concepto para sojuzgar conductas.

que realmente acontece, sino sobre lo que debe acontecer; se deja el ámbito del *ser* para incursionar en el del deber ser.

Bajo su aspecto jurídico, la soberanía es concebida como la competencia o facultad del Estado para tomar la decisión definitiva, última, sin injerencias y vinculante, tanto en asuntos internos como externos (Hillgruber 2009–4).

En el presente trabajo voy a referirme exclusivamente a la soberanía en su aspecto jurídico. Analizaré si, bajo la concepción actual del Estado, del Derecho interno y del Derecho internacional, puede afirmarse que algo o alguien tienen competencia para tomar una decisión definitiva y vinculante, independientemente de con cuantos batallones cuente para hacer cumplir tal decisión.

d) Orígenes del término.

La etimología suele ser decisiva para entender el significado de una palabra.

Según el diccionario de la RAE en su versión actualizada de 2019⁷ soberanía deriva de súper que significa encima o arriba, más el sufijo *anus más ia*, que puede traducirse como procedencia. Según Sauer, hay distintas hipótesis sobre el origen de la palabra soberanía y entre ellas enumera *supremitas*, *superanitas* y *summa potestas* (Sauer – 1954) Cualquiera sea el caso, la etimología de la palabra soberanía alude a un poder supremo por sobre el cual nada hay.

A rigor de brevedad voy a obviar la discusión respecto a si la palabra soberanía ya era conocida o no antes del renacimiento.

Casi todos los autores coinciden en que el concepto de soberanía encuentra su verdadero desarrollo a fines de la Edad Media gracias a los aportes de Nicolás Maquiavelo (García Gestoso 2003–305) Hugo Grocio y Jean Bodin (Bodin 1997).

Es sabido que los autores renacentistas no rescataron el viejo concepto de soberanía solo por una inquietud científica. Había una necesidad política concreta. El Estado moderno estaba naciendo como respuesta a la anarquía provocada por la proliferación de entidades geográficas con cierta autonomía (feudos), pero también como una firme oposición a las intenciones de la Iglesia que se pretendía heredera del Imperio Romano y, por ello, superior a todos los reyes, príncipes y emperadores. Los Papas reclamaban para sí la supremacía (*superanitas* o *supremitas*) y los monarcas decían que les correspondía a ellos.

Es esencial analizar el marco histórico donde se elaboraron las teorías de Grocio, Maquiavelo y Bodin (Arbuet Vignali y Barrios 2001–13), pues ello aporta la explicación

más plausible sobre la contradicción intrínseca y originaria del concepto. A todo ello se sumaría, después, la profunda división espiritual derivada de la Reforma protestante.

El Estado necesitaba gozar de un poder supremo que le permitiera independizarse de la Iglesia católica y sometiendo a los feudos. A ese poder, pretendidamente absoluto, se llamó soberanía.

Bodin (1997–47/56) se atribuye a sí mismo el mérito de ser el primero en definir a la soberanía⁵⁷ y lo hizo diciendo que: La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de la república La soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo (...). Es necesario que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles (...). Dado que, después de Dios, nada hay mayor sobre la tierra que los príncipes soberanos, instituidos por El cómo sus lugartenientes para mandar a los demás hombres, es preciso prestar atención a su condición para así respetar y reverenciar su majestad con la sumisión debida, y pensar y hablar de ellos dignamente, ya que quien menosprecia a su príncipe soberano menosprecia a Dios, del cual es su imagen sobre la tierra

Según Bodin la soberanía incluía los siguientes atributos: dar las leyes sin consentimiento de ningún otro sujeto superior, igual o inferior; declarar la guerra y negociar la paz; designar a los oficiales de más alto rango y a los primeros magistrados; conservar la última instancia judicial; acuñar moneda e imponer tributos.

Bodin advirtió que la idea de un poder absoluto repugnaba no solo a cualquier concepción moral, sino también a la lógica misma. Es por eso por lo que incurrió en contradicción y desde el comienzo se vio obligado a admitir que el supuesto soberano se encontraba constreñido, al menos a obedecer las leyes divinas y naturales:

En lo concreto sostiene Bodin que el príncipe está obligado a cumplir las convenciones justas y razonables que haya celebrado⁵⁸ y las leyes que atañen al “estado y fundación del reino”. Así, por ejemplo, cuando la sucesión del trono es exclusivamente por vía masculina no estará en sus manos el ser sucedido por su hija.

Si la soberanía consiste solo en el ejercicio temporal de facultades legislativas, jurisdiccionales y administrativas, bajo la regencia del Derecho Natural; de las convenciones internacionales y de las leyes fundamentales del reino, no tiene nada de

⁵⁷ BODIN, J. op cit pag.47/48.

⁵⁸ BODIN, J. op cit pag.54.

absoluta ni perpetua. Ahora bien, si no tiene nada de absoluta ni de perpetua no es soberana.

e) Evolución posterior del concepto.

Es ajeno a este trabajo el intentar hacer una Historia del concepto de soberanía, ni una cronología de todos los que trataron la cuestión, pero se impone, al menos, una referencia general que permita apreciar las principales mutaciones del término. Ello ayudará a comprenderlo.

Con el advenimiento de la Ilustración y las grandes revoluciones liberales cambió el eje de análisis. Ya no interesaba tanto indagar en qué consistía la soberanía. Los Estados se habían afirmado en su poder y la Iglesia ya no estaba en condiciones de reclamar supremacía alguna.

La necesidad pasaba ahora por limitar el poder del rey y por encontrar formas de convivencia política que permitiesen a la burguesía participar del gobierno. Era la oportunidad ideal para terminar con este concepto contradictorio. Sabemos que no fue así.

En muchos casos se aspiraba a destronar reyes o, en su defecto, vaciar de poder la institución monárquica. Nada mejor que proponer un cambio de titularidad de la soberanía quitándosela al monarca y atribuyéndola al pueblo con el mismo carácter absoluto con que se la reconocía al rey.

e.1. Los primeros contractualistas.

Las teorías contractualistas podían conducir a muy diferentes conclusiones y avalar formas de gobierno radicalmente opuestas. Sin embargo, todas ellas proponían la existencia de un acuerdo inicial por el cual los individuos, que eran originalmente soberanos, diseñaban a su antojo una forma de comunidad y delegaban en sus gobernantes la administración de lo público.

En la versión de Hobbes esta enajenación daba lugar al nacimiento de un Leviathan todopoderoso, causa y gestor de la paz y el orden (Wieduckel D 1998) pero con un poder omnímodo.

En otras versiones el pueblo conservaba su poder de revisar y modificar ese pacto original, reivindicando para sí el ejercicio del poder delegado o al menos restringiendo tal cesión (Vichinkeski Teixeira 2014).

El contenido del concepto de soberanía como algo absoluto e ilimitado, permaneció intacto. Es que, en realidad, no había interés en revisar esto. Se partía de la premisa de que el cambio de titularidad en el sujeto que ejercía la supuesta soberanía sería suficiente para garantizar los derechos individuales, pues nadie querría tiranizarse a sí mismo.

La experiencia de los siglos venideros mostraría, con crueldad, lo infundada que eran tales expectativas.

e.2. Desde Francia e Inglaterra hacia Alemania.

Durante el s. XIX, en Europa, el interés por el estudio del concepto de soberanía pasó desde la Francia revolucionaria hacia el naciente imperio alemán.

No es extraño que así fuese. Los múltiples Estados germanoparlantes pretendían unirse en una sola entidad común bajo la primacía de Prusia o Austria. Esto le planteaba a la Ciencia del Derecho dos grandes cuestiones a resolver.

La primera era si se debía o no limitar el poder del monarca sobre los súbditos dándoles a aquel un poder total y confiando que lo utilizaría con buen tino y prudencia. El problema era que entre los Estados germanos había monarquías con distinto grado de poder interno e incluso algunas repúblicas. No todos estaban a favor de una monarquía absoluta.

La segunda cuestión era la relativa al modo en que se distribuirían las competencias entre el emperador y las entidades geográficas que conservaban cierto grado de autonomía⁵⁹.

Era de esperar que la doctrina jurídica se volcaría de lleno al estudio de esta cuestión.

e.3. La soberanía en Immanuel Kant.

Immanuel Kant fue prolífico en sus estudios sobre la Ciencia, el Derecho, la Moral, la Religión y la Historia. Hubiera resultado extraño que soslayara un concepto tan polémico como el de soberanía.

El filósofo prusiano adscribía al contractualismo. Para él el origen de la comunidad política o Estado era un acto de voluntad común. Sin embargo, admitía que ese acto de

⁵⁹ El Segundo Imperio (Zweite Reich) se integró con 26 unidades entre las que se contaban reinos de distintos tamaños, grandes ducados; ducados; principados y ciudades libres.

voluntad probablemente nunca habría existido. No se trataba de un hecho histórico, sino una mera hipótesis de estudio.

Según Kant, cada individuo en ejercicio de una voluntad que podría calificarse de “soberana”, se integraba a la comunidad y lo hacía en condición de igualdad. Esa igualdad permita que se considere al otro o al conjunto de “otros” como un semejante al que se podía someter, pero solo en la medida en que uno mismo se sometía.

Acaecido el pacto social nacía una entidad ideal e inderogable que era titular de la soberanía.

Para Kant la autoridad soberana reúne tres características: es representativa, es trinitaria y es irresistible.

e.3.1. Representatividad.

Según Kant quien ejerce la autoridad soberana no lo hace en nombre propio sino del conjunto.

Esto necesita una aclaración. La representatividad es hipotética. No necesita de un acto de delegación expresa frente a cada decisión. Basta con que quien gobierne lo haga guiado por un imperativo categórico que lo constriña a actuar conforme a lo que, a criterio de los gobernantes, sería la voluntad popular (Ceballo Melguizo – 2015).

e.3.2. Trinitaria.

Se dice que la soberanía es trinitaria pues está repartida en tres facultades principales que pueden coincidir o no con órganos específicos.

Las facultades obviamente son la legislativas, administrativas y judiciales que.

Para Kant, no tenían igual rango axiológico. Había entre ellas una jerarquía silogística. La facultad legislativa ocupaba el lugar de la premisa mayor, la administrativa era la premisa menor y la judicial la conclusión.

e.3.3. Irresistible.

Quizás el rasgo más llamativo del concepto de soberanía en Kant era el de la irresistibilidad.

La autoridad soberana es irresistible. Ello significa que el pueblo no tiene derecho a oponerse, ni aun en caso de notoria injusticia, pues la resistencia el orden jurídico y es preferible un orden defectuoso que la anarquía (Ceballo Melguizo – 2015).

e.4. La soberanía bajo los totalitarismos.

A partir de la consolidación del Imperio Alemán la doctrina jurídica mayoritaria parece abandonar la idea del pacto social. El Estado deja de ser entendido como una creación nacida de la voluntaria unión de todos los individuos y se concibe como una totalidad ideal con existencia propia a la que corresponde una cierta identidad⁶⁰. Según esta concepción el imperio no existe por la voluntad de los súbditos, sino que los súbditos son tales por su adscripción al imperio.

Ya desde 1865 se advierte el surgimiento del llamado “estatalismo alemán” entre cuyos representantes más conspicuos pueden mencionarse a Gerber, Paul Laband, Herman Heller, Georg Jellineck y más tarde a los nacional socialistas Karl Schmidt, Huber, Kohlreutter, Wolf, Liehrmann.

Para Friedrich Von Gerber (Von Gerber 1865) el Estado es una persona jurídica distinta e independiente tanto del pueblo como del monarca. La característica esencial del Estado es el imperium o capacidad de imponer su voluntad, por lo tanto, la soberanía es connatural al Estado (Huber 1963 – 668)

Paul Laband también admite que la soberanía hace a la esencia del Estado y que este es una unidad volitiva cerrada ajena a toda limitación, por lo tanto, es titular de la soberanía en su acepción más pura, es decir como imperium ilimitado supremo y absoluto (Laband 2013 – 53).

Para Herman Heller la soberanía es la manifestación de una entidad que tiene unidad de acción y de decisión universal sobre un territorio (Estado). El Derecho es solo la organización que, esa entidad llamada Estado, se da a sí mismo. El Derecho no limita al Estado, sino que este último puede actuar legítimamente aun en contra de aquel (Heller 1927 – 289).

Según Heller los actos estatales contrarios a Derecho adquieren automáticamente un carácter normativo por el solo hecho de provenir de quien provienen. La única condición es que no sean destruidos por otro acto estatal. Sobre el Estado no existe ninguna otra entidad capaz de impedir que el acto estatal contrario a Derecho se

⁶⁰ La Constitución del Imperio Alemán no consideraba al pueblo como sujeto, sino como destinatario final del bienestar público. El imperio no había sido creado por la voluntad de sus habitantes, sino por la de los veintiséis Estados preexistentes. No es de sorprender que la Constitución no incluyese la descripción de derechos individuales. WIEDUCKEL, D “La soberanía en la Historia de la Dogmática alemana. Soberanía y Constitución”. Revista Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado. Derecho público e Historia Constitucional. N°1. Oviedo 1998.

transforme en Derecho. El Derecho internacional no es sino la manifestación de voluntad del Estado soberano y, esa manifestación de voluntad puede ser modificada en cualquier momento sin perder por ello su juridicidad. “En tanto exista el Derecho internacional y en tanto no sea sustituido por un Estado mundial, tienen que existir Estados soberanos, de donde surge la posibilidad que un acto estatal violador del Derecho del Estado o del Derecho Internacional, cree en forma inapelable un Derecho nuevo” (Heller 1997 281)

Georg Jellinek, ya a comienzos del s. XX elaboró su “Teoría general del Estado”. Allí explica que la soberanía. “... significó la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder. Poder soberano de un Estado es, por tanto, aquel que no reconoce ningún otro superior a sí, es, por consiguiente, el poder supremo e independiente” (Jellinek 1970-356)

En realidad, Jellinek admite que la soberanía puede ser limitada, solo que, para él, tales límites son solo morales no jurídicos.

Todas estas ideas florecieron desde la década de 1920 hasta finales de la Segunda Guerra Mundial. Sus más conocidos exponentes consideraron al Estado como un organismo vivo con necesidades y expectativas propias. Ello sirvió para justificar el expansionismo nazi y establecer la idea que había un “lebensraum”, es decir un territorio especial destinado para la vida del pueblo alemán independientemente de quienes lo habitaran en ese momento. Esto pone de manifiesto lo peligrosa que puede ser la idea de soberanía cuando sirve para desligar a un pueblo o a un gobierno de cualquier límite.

A mediados del s. XX cobraron notoriedad una cierta cantidad de totalitarismos adscriptos a las distintas corrientes propias de tal ideología. Ya me referí con anterioridad a los nazis. Entre los fascistas pueden mencionarse a Panunzio, Chiarelli y Sinagra. Entre los comunistas a Stucka, Pasukanis, Srogovic (Vega García 1998–68). Es sobreabundante referirme a cada uno de ellos. Todas esas ideologías son gregarias del idealismo de Hegel para quien la idea de lo humano encarna en la colectividad que es superior a la suma de los individuos. Es natural que, para los nazis, los fascistas y los comunistas la comunidad resulta una entidad ilimitada, suprema y absoluta, ya sea que se trate del Estado, la raza o la clase.

e.5. La nota común desentona.

La nota esencial de todos los autores citados desde el comienzo de este título es que, para ellos, la soberanía es una potestad no limitada por norma jurídica alguna.

La dramática experiencia de las guerras mundiales; el surgimiento y la caída del nazismo y el fascismo; la larga agonía del comunismo hasta finales del s. XX, impactaron en la línea de flotación del concepto de soberanía. Su naufragio era evidente.

Dice Ferrajoli: A estas alturas, la soberanía, que ya había sido vaciada de cualquier contenido real en su dimensión interna con el desarrollo del Estado constitucional, decreció también en su dimensión externa, revelándose finalmente como una categoría incompatible con el Derecho. Ahora debemos afirmar que su crisis tanto interna como externa comenzó en el momento en que entró en relación con el Derecho. Ya que los atributos de la soberanía, esto es la ausencia de límites y reglas, reside en la negación del Derecho y viceversa” (Ferrajoli 1996– 177).

No obstante, hasta en nuestros días hay, doctrinarios que se aferran al concepto de soberanía y se niegan a admitir su imposibilidad lógica.

f) Como naufrago al madero.

Al comienzo dije que hay conceptos que aportan comodidad intelectual. Sirven para una explicación rápida y sencilla frente a una realidad siempre problemática o para sostener sentimientos y pasiones no siempre justificables, pero muy reconfortantes para algunos.

La globalización está aniquilando la concepción tradicional del Estado. Especialmente la que sustentan aquellos que se auto perciben como Estados nacionales o simplemente como grupos humanos idénticos a sí mismos y diferentes al resto.

Es entendible que mucha gente se aferre al concepto de soberanía como un náufrago se aferra al madero.

No obstante, se enfrentan con un obstáculo insalvable: dado el nivel que actualmente alcanzó la Ciencia del Derecho es imposible entender como jurídico a un poder absoluto e ilimitado.

Todo poder ilimitado es necesariamente contrario a la vigencia, regencia y exigencia de Derechos Humanos, concebidos como garantías individuales anteriores a cualquier positivización normativa. Un poder ilimitado es siempre antijurídico.

Ante ello, la estrategia pasa por buscar denodadamente un concepto de soberanía que a la vez sea limitada, como si ello fuera posible sin caer en una contradicción lógica. Ello ha hecho que se le atribuyan al término los significados más disímiles e, incluso, contradictorios (Arellano García 1993-141). No obstante, las cosas son lo que son y tienen el significado que tienen y no es correcto pretender ni invocar cualquier contenido al

utilizar la expresión soberanía (Arbuet Vignali, H. y Barrios 2001–13). La soberanía o es absoluta o es otra cosa.

f.1. Kelsen: El único soberano es el Derecho.

Quizás el más conocido y más elaborado intento de crear un concepto de soberanía limitado por algo o alguien fue el llevado a cabo por Kelsen.

Para Kelsen la soberanía no era una característica o propiedad de los Estados, sino del orden jurídico en su conjunto y muy especialmente de esa norma fundamental (Fabra Zamora y Spector 2015–2340).

Al identificar la soberanía con el Derecho parece salvarse esa contradicción entre el poder absoluto y los Derechos Humanos. Podría afirmarse que la soberanía es ilimitada, pues una violación a los Derechos Humanos queda fuera del Derecho y por lo tanto esa trasgresión no sería ejercicio de la soberanía; no sería actividad jurídica sino antijurídica.

Lo cierto es que Kelsen termina identificando la soberanía con tres categorías propias del Derecho que son la vigencia, la regencia y la exigencia de las normas. Es decir, se le está dando al concepto de soberanía un significado diferente al que realmente tiene. Este es un recurso bastante generalizado entre quienes sustentan la existencia de la soberanía. Como no se puede predicar que un poder absoluto (la soberanía) sea a la vez jurídico se termina diciendo que la soberanía existe solo que no es un poder absoluto.

En mi opinión hay un error en el razonamiento de Kelsen. El Derecho es un objeto cultural, un producto humano. Su creación o descubrimiento (según adscribamos al positivismo o al iusnaturalismo) obedece a la voluntad expresa o tácita de una persona, de un grupo de personas o de la humanidad toda, pero es que, tal como lo explicaré más adelante, el soberano no aparece por ningún lado.

f.2. Hilgruber: la soberanía como última instancia jurisdiccional.

Hilgruber vuelve a atribuir la soberanía al Estado solo que no la define como una potestad absoluta y suprema, sino solo como la competencia para tomar decisiones definitivas y vinculantes, tanto en asuntos internos como externos.

En el aspecto interno, la soberanía se traduciría en una potestad constituyente originaria que, por ser originaria, no estaría sujeta a ninguna norma anterior.

En el ámbito externo, la soberanía sería la potestad para crear, juntamente con otros Estados, la norma jurídica internacional.

A la vez se acerca a la opinión de Kelsen pues afirma que la soberanía es un poder otorgado por el sistema jurídico y en consecuencia es necesariamente limitada” (Hillgruber 2009–4).

Más adelante voy a explicar que, en primer lugar y según mi opinión, el poder constituyente originario no es absoluto, en segundo lugar, hay normas internacionales preexistentes y superiores a la voluntad de los Estados. En tercer lugar, el Derecho no otorga facultades, es el legislador el que lo hace.

De momento cabe señalar que es contradictorio definir a la soberanía como potestad absoluta de dictar normas y, a la vez, aducir que esa potestad viene de otra norma que limitaría a la primera.

f.3. Schambeckt. La soberanía como ejercicio subsidiario.

Schambeckt también sostiene la existencia de la soberanía en tanto que concepto jurídico, pero dice que ella se encuentra limitada por el principio de subsidiariedad de lo público tal cual lo expresa la doctrina social de la Iglesia católica.

El Estado sería soberano, pero solo en su subsidiariedad. Tiene facultades para hacer todo aquello que no pueden hacer los particulares siempre que esté encaminado al bien común.

También sostiene Schambeckt que el Estado puede delegar parte de la soberanía en las organizaciones internacionales sin perder la calidad de Estado ni la de soberano (Schambeck 2000).

Encuentro aquí una petición de principios. Schambeckt no soluciona la contradicción intrínseca de la soberanía como concepto jurídico, sino que solo la prórroga.

Si algo es subsidiario no es soberano, pero hay aun otra cuestión a resolver.

El principio de subsidiariedad no es un concepto inequívoco ¿Cuáles actividades deben ser esencialmente asumidas por el Estado y cuáles pueden ser legítimamente realizadas por los particulares? Puede afirmarse, con similar grado plausibilidad, que a la actividad privada debe encargarse de casi toso o que la actividad privada no debe encargarse de casi nada ¿Quién decide que es lo subsidiario y que es lo indelegable?

Si el encargado de establecer la frontera entre lo subsidiario y lo indelegable, entre lo público y lo privado, puede actuar sin restricción alguna colocando el “hito” allí donde le plazca o donde su exclusiva subjetividad se los indique, el sujeto “demarcador” sería el soberano, pero su actividad no habrá de ser considerada jurídica, pues podría avasallar libremente varios derechos subjetivos considerados Derechos Humanos. Por ejemplo. Si

el encargado de determinar qué es lo subsidiario y que es lo indelegable decidiera que toda la actividad económica es indelegable y debe ser ejercida por el Estado estaría violando el derecho humano a la propiedad privada (art. 21 CIDH).

Ahora bien, si el encargado de “demarcar” no puede colocar el hito donde le parece sino que ya hay una norma previa que establece donde debe ser ello, el “demarcador” no sería soberano. La soberanía residiría en el autor de esa norma previa quien, a su vez no podría colocar el hito donde se le ocurriese y no podría violar Derechos Humanos básicos.

En la doctrina social de la iglesia quienes definen que es lo subsidiario y que no, son los distintos Papas a través de sus encíclicas ¿Sería esta teoría una forma solapada de reintentar nuevamente la guerra de las investiduras⁶¹ e intentar que la soberanía resida en la Iglesia católica como querían algunos Papas de la Edad Media?

f.4. Moya Domínguez. Soberanía como sinónimo de independencia.

Moya Domínguez sostiene que hay dos conceptos de soberanía. Uno absoluto, entendido como un poder supremo, ilimitado e ilimitable que, en sí mismo, se contrapone al Derecho Internacional y otro concepto relativo que implica solamente la independencia de un Estado frente a los ordenamientos jurídicos de otros Estados (Moya Dominguez M.T. 2004).

La pregunta entonces sería ¿Por qué llamarle soberanía y no independencia? ¿Hay realmente necesidad de cambiar el concepto para conservar la palabra? En mi opinión no tiene sentido llamar soberanía a la independencia.

De hecho, Charles Rousseau en su obra “Derecho Internacional Público Profundizado” directamente propone que se deje de lado la palabra soberanía y se hable directamente de independencia (Rousseau 1996).

g) Pero entonces ¿Qué es la soberanía?

Una vieja chanza dice que, si algo tiene gusto a jabón, forma de jabón y olor a jabón, lo más probable es que sea jabón y no queso.

Esto viene a colación del tema analizado, pues en los intentos por salvar al concepto de soberanía se le fue atribuyendo a la palabra significados que no son el original; que

⁶¹ Conflicto que enfrentó a la Iglesia católica con el Imperio Germánico durante los s. X y XI por ver quién imponía el poder terrenal y, por ello, quien sería considerado el heredero del Imperio Romano.

contradican el significado original y que la convierten en sinónimo de otras palabras con la natural pérdida de utilidad que ello implica.

Dicho de otro modo, si por soberanía se entiende simplemente el poder, más o menos amplio, que tiene el Estado para poder cumplir con las funciones que le son propias, no tiene sentido hablar de soberanía, con que se diga “poder” ya es suficiente.

Lo mismo ocurre cuando se dice que la soberanía es el poder de dictar normas o de resolver en última instancia cual es el Derecho aplicable a un caso concreto.

La forma más fácil de comprender el significado de este concepto es advertir que se trata de un adjetivo que terminó por sustantivarse. Dicho de otro modo: la palabra soberanía es una característica del poder y más específicamente del poder público. Así el poder puede ser calificado de soberano cuando es ilimitado, intransferible e indivisible o de no soberano cuando faltan algunas de esas características que, en su conjunto, integran el concepto de soberanía.

Confundir soberanía con poder equivale a confundir el género con la especie, pues la soberanía es solo aquel poder ilimitado, intransferible e indivisible.

La cuestión, y de eso se trata todo este análisis, es saber si un poder con tales características puede considerarse jurídico o no.

h) Una cuestión de titularidad ¿Quién es el soberano?

h.1. Ya nadie cree en los monarcas ¿O sí?

Pocos podrían aceptar hoy que la titularidad de la soberanía corresponda a una persona con el título de rey, caudillo o lo que fuese. Pero aun en tal caso los partidarios de tal sistema tendrán que admitir que el poder de ese sujeto no fue ni es absoluto y siempre encontró alguna limitación.

La primera de ellas es la derivada del similar poder que detenten otros soberanos con iguales facultades en sus propios territorios. A ello se podría responder que la soberanía siempre fue un concepto territorial, no universal.

Claro que podría discutirse si un poder absoluto puede ser limitado a solo un territorio sin dejar de ser así absoluto es decir sin incurrir en una contradicción lógica, pero aun cuando se sostuviese ello, igual habría que admitir que el poder territorial del monarca, supuestamente absoluto, tampoco era ilimitado, pues no tenía facultades para modificar válidamente las leyes fundamentales del reino más allá de su propia vida como, por ejemplo, las de sucesión al trono. Si en el territorio regía la ley Sálica que regía la sucesión exclusivamente masculina, el rey no podrá dejar válidamente el trono a su hija

por más voluntad que pusiera en ello. En conclusión: hubo monarcas muy poderosos, pero soberano ninguno.

h.2. El pueblo, ¿dónde está?

Se dice que la soberanía reside en el pueblo. Esto no es nuevo, incluso podría calificarse como tópico o lugar común. Sin dudas que lo es. Lo difícil quizás sea determinar que es el pueblo o, mejor dicho, quienes lo integran ¿Serán los que viven en un determinado territorio? ¿Serán los que nacieron en él aunque vivan afuera? ¿Serán los descendientes de los que nacieron en ese territorio? ¿Serán los que tienen derecho a voto? ¿Habrá algún o algunos criterios universales para determinar quienes integran el pueblo?, ¿Puede imponerse a un individuo la pertenencia a un pueblo? (Dworkin 2014-461/462) Estas preguntas no tienen una respuesta unívoca. No podemos decir con certeza que es el pueblo o quienes lo integran.

Ahora bien, cualquiera sea la teoría que se prefiera, tampoco puede soslayarse el hecho de que el ejercicio del poder siempre es, en definitiva, un acto voluntario y, por ello, fatalmente individual.

Según el diccionario la voluntad es la capacidad humana para decidir, con libertad, lo que se desea y lo que no. Solo por analogía se habla de voluntad popular, pero hay que ser consciente de que tal cosa no existe en realidad.

Cuando nos referimos a la voluntad popular aludimos a una determinada decisión que contó con el apoyo de una mayoría, pero la mayoría sigue siendo una parte y no es lógico identificar la parte con el todo.

Solo habría verdadera voluntad popular si se lograra unanimidad, pero basta con que un solo individuo disienta para que esa voluntad colectiva deje de ser la de todo el pueblo y pase a ser solo la de una parte ¡Claro que mayoritaria! Pero parte al fin.

Por otro lado, la mayoría, e incluso la unanimidad, son siempre circunstanciales, varían minuto a minuto, pues las personas, felizmente, cambian de opinión, sobre todo cuando han sido educadas en el espíritu crítico propio de toda democracia que se precie de tal. En consecuencia, cuando el gobernante actúa invocando la voluntad popular no sabe a ciencia cierta si cuenta con ella o no, es decir si sigue teniendo el apoyo de la mayoría o ya lo perdió.

Volviendo a lo anterior. Cuando se dice que el pueblo es soberano aparecen, al menos, tres escollos insalvables. Primero que no sabemos muy bien quienes integran el pueblo; segundo que ese pueblo no tiene una voluntad única salvo el poco probable

supuesto de la unanimidad; tercero que el porcentual mayoritario varí constantemente. Volveré sobre esto más adelante.

h.3. Ni pueblo ni monarca: Estado.

Otros sostienen que el titular de la soberanía es el Estado, es decir ni el pueblo ni el gobierno sino una entidad propia y diferente. Este grupo está integrado principalmente por lo que se llamó “estatalismo alemán” al que ya me referí anteriormente y que puede llegar al extremo de sostener que el Estado o la colectividad son un organismo vivo con voluntad y expectativa diferente a la de los individuos que lo integran.

Esta corriente se encuentra con la misma dificultad descrita en el punto anterior, solo que potenciada.

Si no sabemos lo que es el pueblo, tampoco sabremos quienes integran el Estado ya que el pueblo es, sin dudas, uno de los elementos del Estado. Aun los estatistas más extremos no podrían llegar a admitir que haya un Estado sin pueblo, por más exiguo que sea este último.

Si es imposible hablar de una única voluntad popular, tampoco podremos hablar de una única voluntad estatal, salvo que seamos organicistas, es decir que sostengamos que el Estado tiene un pensamiento propio y ello ya se confunde con lo místico.

Una versión más moderada mantiene la idea de que existe una voluntad estatal y para ello recurre al principio de delegación. Dice que la voluntad del Estado es expresada por quienes gobiernan y estos, a su vez, expresan o representan la voluntad de los gobernados que, en una ocasión inicial, acordaron ser gobernados por quienes resulten elegidos por la mayoría de votantes en consultas periódicas.

Si bien esta hipótesis parece un poco más plausible que aquella creencia casi mística, según la cual el Estado es un organismo dotado de vida propia, igualmente se enfrenta con un obstáculo insalvable, mejor dicho, con varios.

El primero y más evidente de ellos es que difícilmente pueda encontrarse un pacto social inicial como un hecho histórico que realmente haya ocurrido.

Podría pensarse que ese pacto histórico es fácilmente identificable en aquellos Estados que, tras una declaración de independencia, se dictaron su primera constitución escrita.

Lamentablemente no es tan fácil. La validez de la declaración de la independencia y de la Constitución dependían, a su vez, de elecciones mayoritarias⁶² ¿Cuándo se decidió que el voto mayoritario sería la mejor y más adecuada manera de aprobar esa primera Constitución?; ¿Cuándo se decidió quiénes votarían y quienes no? Todas esas cuestiones debieron ser decididas y resueltas de manera anterior a la Constitución escrita.

Aun cuando hubiera existido una decisión unánime originaria respecto al modo de elegir a los gobernantes, aparece un nuevo escollo para quienes dicen que la voluntad del Estado es la de quienes gobiernan legítimamente. La delegación originaria tuvo que ser expresa y total. Los integrantes originarios del pacto tendrían que haber decidido que, a partir de allí, los elegidos tendrían el poder absoluto de hacer lo que a ellos les parezca en representación del resto y sin pedir nuevo aval mayoritario. Si, por el contrario, el pacto social originario solo atribuyó algunas facultades a los elegidos, ello significa que el pueblo conservó otras, en consecuencia el supuesto soberano no sería el Estado a través de la voluntad de sus integrantes, sino el pueblo y ya me referí a la imposibilidad de esa hipótesis en el punto anterior.

El tercer escollo es que no se puede explicar cómo es que la voluntad de quienes hubieran celebrado el pacto originario obliga a respetarlo a quienes nacieron muchos años, o siglos, después de aquel hecho. Dicho de otro modo ¿Por qué estoy constreñido a acatar un compromiso que celebró mi tatarabuelo? Pero, aun cuando alguien tuviera fundamentos para sostener que los descendientes deben cargar con las decisiones de sus antepasados, también habrá una importante cantidad de sujetos actuales que no descienden de los pactistas originarios ¿Por qué imponerle a esto una decisión tomada por gente con la cual no tienen nada que ver? A modo de ejemplo ¿Por qué un británico nacido en Glosucester en 1964 se encuentra obligado a cumplir lo que acordaron un grupo de señores feudales en 1215?

h.4. El Derecho y otras entelequias.

En mi opinión no es sustentable afirmar que el Estado sea el titular de la soberanía, ni que él tenga una voluntad, ya sea propia o delegada en algún momento de la Historia por una mayoría circunstancial.

Tampoco parece tener sustento suficiente la teoría Kelseniana en cuanto sostiene que el soberano es el Derecho.

⁶² O de cualquier otro método según el caso.

Tanto el Derecho positivo como el Estado son creaciones humanas, son objetos culturales. Un objeto no puede tener soberanía ya que, por sí mismo, no tiene voluntad. Solo los humanos tenemos voluntad, no las cosas creadas por nosotros. Cuando sostenemos que el Derecho “dice”, “piensa”, etcétera lo hacemos por analogía y no porque el Derecho realmente diga o piense. Si llegáramos a sostener que el Derecho realmente piensa, dice o tiene voluntad estaríamos hipostasiando, es decir estaríamos cometiendo el error de lógica que consiste en atribuir existencia real a lo que solo tiene existencia ideal.

El Derecho no dice; el Derecho no castiga; el Derecho no dispone. Lo que llamamos Derecho es solo un conjunto de pautas de conducta debidas más un conjunto de consecuencias previstas para el caso de incumplimiento. Estas pautas y consecuencias fueron diseñadas por sujetos distintos en épocas diferentes. Si algún soberano hay, es aquel sujeto que diseñó la norma, no la norma en sí.

El Derecho no puede ser soberano porque no tiene voluntad y la soberanía es la posibilidad de ejercer actos de voluntad sin límite alguno.

Para el nazismo la soberanía correspondía al pueblo alemán al que identificaba con la raza aria. Para el comunismo la soberanía residía en la clase proletaria.

Ambas doctrinas son igualmente insostenibles.

El primer inconveniente con el que se enfrentan es el de la identificación del sujeto que ya planté esta cuestión al referirme al pueblo. La raza aria fue una invención pseudocientífica impracticable como criterio de distinción aun en la época de mayor poderío nazi. Se trataba de una decena de rasgos fenotípicos. El problema era que muchos sujetos de otras nacionalidades también los tenían y muchos alemanes supuestamente puros carecían de ellos, como el propio Hitler.

La clase proletaria es un sujeto igualmente ambiguo y difícil de determinar. Por definición, proletario (proletarii) es el que solo tiene su prole. En primer lugar, los hijos no son propiedad de los padres y en segundo lugar, aunque los hijos fueran propiedad del padre, nadie puede subsistir teniendo solo a sus hijos, siempre necesita bienes materiales. El humano sin bienes materiales solo puede subsistir algunas horas, dependiendo del contexto o días en el mejor de los casos. Los bienes materiales, la riqueza (mucho o poca) es divisible infinitamente por lo tanto no puede marcarse una línea clara, concreta y definitiva divisoria de las clases.

Para salvar esta inconsistencia algunos comunistas recurrieron a la idea de “bienes de producción”: los proletarios eran aquellos que no tenían bienes de producción, pero se

olvidaron de que los propios brazos son el primer bien de producción. Nuevamente intentan justificar diciendo que lo que hay que tener en cuenta son los bienes de producción ajenos al propio cuerpo, pero ahí se enfrentan nuevamente con la divisibilidad y variedad de la materia inerte que va desde un simple martillo hasta la más compleja máquina industrial ¿Dónde marcar el límite para seccionar la clase?

Ahora bien, el segundo inconveniente para atribuir la soberanía a un grupo humano no es solo determinar quiénes integrarán el grupo, sino como formarán su voluntad. Ya me referí a esto al analizar al pueblo como sujeto de la soberanía. Solo podría hablarse de voluntad de la raza o de la clase si se lograra unanimidad. Caso contrario no es voluntad del todo sino solo de una parte.

Ello me lleva a concluir que ni la raza, ni la clase son soberanas.

h.5. El soberano no aparece.

Si la soberanía no radica en el monarca, ni en el pueblo, ni en el Derecho, ni en el Estado, ni en la raza, ni en la clase, la soberanía no radica en nadie, ni en ningún lugar.

Dicho de otra forma, nadie es soberano y si nadie es soberano la soberanía no existe, pues esta no es sino una característica del poder que alguien detenta.

Queda demostrado así, en mi opinión, que la soberanía no existe y tiene tanta realidad como las sirenas o los unicornios.

i) La llamada soberanía interior.

Quienes sostienen que la soberanía existe como concepto jurídico suelen distinguir dos aspectos de ella: la soberanía interior a la que definen como la facultad de gobernar, legislar y ejercer la jurisdicción de manera inapelable, sin restricción legítima alguna.

Antes de intentar desarrollar esta cuestión es necesario hacer una aclaración, principalmente en lo referido al punto anterior: he dicho que no existe la voluntad popular como tal, sino solo la voluntad de la mayoría; he dicho también que los gobernantes, elegidos por la mayoría, no son los legatarios del poder que, por su naturaleza, tiene de cada individuo. Todo ello no significa que la democracia republicana no exista o que no sea la mejor y más justa forma de gobierno diseñada hasta ahora.

¡Es todo lo contrario! En mi opinión la democracia republicana es la mejor forma de gobierno diseñada hasta ahora y seguirá siéndolo hasta que aparezca algo mejor. Pero su mayor virtud es que quienes directa o indirectamente gobiernan no son soberanos. Y

no pueden legítimamente comportarse como tales. Esto hace a la esencia del sistema. La idea de soberanía repele sustancialmente a la democracia republicana⁶³. En la Historia hubo terribles dictaduras que contaron con el apoyo de las mayorías. Las más conocidas fueron el nazismo, el fascismo y el comunismo. Estos regímenes y sus gobernantes ganaron varias elecciones, pero nunca podrían ser calificados como democracias ni sus gobernantes considerados legítimos, precisamente porque se comportaban como si fuesen soberanos cuando no lo son, ni lo pueden ser, al menos legítimamente.

Como bien dijo Amartya Sen “En efecto muchos dictadores del mundo han conseguido victorias electorales sin coacción abierta sobre el proceso de votación a través de la supresión de la discusión pública y de la libertad de información” (Sen 2011–357).

Puesto de otra forma: negar que exista una verdadera voluntad popular o que esta pueda ser identificada con la voluntad de la mayoría; negar que el pueblo o sus gobernantes sean soberanos; etcétera, no significa negar la democracia, sino resaltar la nota esencial que ella tiene, es decir, aquello que permite distinguirla de las dictaduras plebiscitarias. Un gobierno es democrático cuando habiendo sido elegido por la mayoría gobierna teniendo como límite infranqueable los derechos esenciales de todos, incluso los de las minorías. Dicho de otro modo, un gobierno solo es democrático cuando no se comporta como soberano.

Ni las mayorías, ni los gobernantes elegidos por tales mayorías son soberanos. Para confirmar lo dicho voy a poner un ejemplo bastante conocido.

Las leyes nazis de “higiene racial”, más conocidas como “Leyes de Nüremberg”, pretendieron legitimar la persecución racial contra los judíos. El órgano legislativo las aprobó por unanimidad, los jueces supremos del régimen las declararon constitucionales y fueron aplicadas por los tribunales de menor jerarquía.

¿Tenían verdadera legitimidad el pueblo alemán, el Estado alemán o sus gobernantes para dictar esas leyes?

La respuesta solo puede ser negativa. La mayoría de los votantes de un Estado tienen legitimidad para decir muchas cosas, pero no todas. No pueden, por ejemplo, decidir el exterminio del grupo minoritario y esto último es evidente.

El genocidio es un delito internacional. Ninguna ley puede legitimarlo, cualquiera sea el proceso legislativo intentado o las mayorías con que fue refrendado.

⁶³ Salvo, claro está, que se llame soberanía al poder limitado, ante lo cual estaríamos alterando el significado de la palabra solo por la veleidad de conservarla.

Si existe un límite al poder del pueblo, del Estado o de sus gobernantes es que ninguno de ellos es soberano y si ninguno de ellos es soberano la soberanía no existe.

Ahora bien, el genocidio no es el único límite infranqueable.

Los Derechos Humanos hoy se encuentran descriptos en numerosos tratados internacionales.

Podría discutirse, por un lado, si todos los derechos subjetivos incluidos en tales tratados deberían considerarse como Derechos Humanos o si hay otros, no incluidos, que merecen tal jerarquía. Pero más allá de ello, lo cierto es que ninguna comunidad política puede legítimamente transgredirlos.

Esto demuestra que, en el orden interno, los Estados, sus gobernantes o las mayorías no pueden hacer lo que quieran. No pueden legislar, gobernar y ejercer jurisdicción de manera irrestricta inapelable y suprema. Tienen límites infranqueables ¡No son soberanos!

j) En el Derecho internacional ¿Los Estados son soberanos?

Ya mencioné el hecho de que muchos instrumentos internacionales sostienen que los Estados son soberanos. Se habla así de igualdad soberana de los Estados y en 1991 la Comisión de Arbitraje Sobre Establecimiento de la Paz en la Yugoslavia definía al Estado como una comunidad compuesta por un territorio y una población sometidos ambos a un poder político organizado y cuya nota característica es la de la soberanía⁶⁴.

Quienes sustentan la idea de que la soberanía es un criterio jurídico se enfrentan con una objeción insalvable: todos los Estados están sometidos al Derecho Internacional. Ningún estado puede trasgredir normas internacionales sin incurrir en ilícito ¿Cómo podría decirse que son soberanos?

A ello suele responderse diciendo que son los mismos Estados, mediante una expresión soberana de voluntad, quienes crean el Derecho Internacional. Por ello, aducen, la vigencia regencia y exigencia de tal sistema no afecta el carácter soberano del Estado, sino que lo confirman. Haciendo una analogía, podría decirse que la facultad que tienen los particulares para celebrar contratos y obligarse mediante ellos, confirma la autonomía de la voluntad de la que están estos dotados.

El problema es que los contratos obligan porque hay una ley que así lo dispone y esa ley es previa al contrato mismo y es ajena a la voluntad de las partes. Esto hace

⁶⁴ Dictamen n° 1 29/11/1991 y dictamen n° 8 del 4/7/1994.

necesario revisar si, realmente los Estados están solo sometidos a las normas internacionales aprobadas por ellos o si, por el contrario, hay normas superiores a su voluntad y anteriores a su existencia.

En general se admite que el primer tratado internacional que se conoce fue el de Kadesh (año 1259 a.c.) Entre Egipto y el Reino Hitita. Fue un tratado de paz de mutua defensa y de extradición (Pérez Largacha 2009-53/85).

¿Por qué hicieron eso?; ¿Por qué celebraron un tratado internacional si no existía un tratado internacional previo que lo hiciera exigible?

Es claro que ambas partes se sentían obligadas, de alguna forma, al cumplimiento de lo pactado, caso contrario no hubieran llevado a cabo un acto completamente inútil.

Con la firma del tratado, ambas partes reconocieron la existencia de una norma superior a ellas y preexistente a su poder. Esa norma las constreñía a cumplir. Ramses II, faraón de los egipcios y Hattusili III, rey de los hititas, sabían que su poder, por más absoluto que pareciera, estaba constreñido por aquella regla que los romanos llamaban *pacta sunt servanda* (los pactos son para cumplirse).

Es claro que, si no hubiera existido una norma, al menos una sola norma, superior a la voluntad de los Estados, el Derecho Internacional no hubiera existido, pues nunca hubiera nacido (Sorensen 1994–158).

Ya en el origen mismo del Derecho internacional se encuentra una norma que no depende de la voluntad de los Estados y esa norma es la siguiente: los Estados son libres de celebrar acuerdos, pero no son libres de transgredirlos (Pérez Largacha 2009-53/85).

Algunos dirán que la obligatoriedad de los acuerdos (*pacta sunt servanda*) es solo una norma de naturaleza moral, no jurídica.

No creo que haya sido así. Ciertamente que en el origen lo moral se confundía con lo jurídico. El Derecho Romano, por ejemplo, tenía un contenido eminentemente religioso o sagrado, pero ya en aquellos tiempos se sabía que el incumplimiento tendría consecuencias indeseables que iban más allá del castigo divino.

Es cierto que el faraón depositó el tratado a los pies del dios Ra, su divinidad máxima y que el rey hitita lo hizo a los pies del dios Teshub en el templo de Hatussa, pero difícilmente cada uno de ellos habría confiado solo en la piedad del contrario para un dios que no era el propio. Ramsés y Hatussili III sabían que violar el tratado tendría efectos negativos bastante mundanos. El rey hitita quedaría sin la asistencia de los arquitectos egipcios y los egipcios se quedarían sin el hierro que les permitió salir de la edad de

bronce (Pérez Largacha 2009-53/85). Además, perderían credibilidad frente al resto y no habría seguridad jurídica al acordar con ellos.

La norma que obliga a cumplir los pactos es de naturaleza jurídica, no solo moral. Su incumplimiento puede producir, al menos potencialmente, coerción y sanción⁶⁵.

Es bueno destacar que no se trata de la única norma internacional imperativa. Hoy difícilmente alguien niegue la existencia de un *ius cogens* internacional, es decir de un conjunto de normas que no dependen de la voluntad de los Estados, que son anteriores o superiores a ellos (Moya Dominguez 2004-46).

La Convención de Viena de 1969 en el artículo 53 define a las normas *ius cogens* como aquellas que son: "...aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional que tenga el mismo carácter"

Adviértase que la convención no habla de "tratados" sino de "norma" en sentido general. Por otro lado, no exige que haya unanimidad de todos los que resulten regulados por ella. Basta que la norma haya sido aceptada por la comunidad internacional en su conjunto.

Alguien podría pensar que la disposición solo es aplicable a aquellos Estados que suscribieron la convención de Viena, sin embargo, la Corte Internacional de Justicia entendió que todas las normas que integran la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio son perentorias de Derecho Internacional General y obligatorias incluso para aquellos Estados que no suscribieron la Convención⁶⁶. Lo mismo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al delito de desaparición forzada de personas y la obligación de los Estados de investigarla y sancionarla⁶⁷

Podría suceder que algún Estado no se reconozca obligado y que impugne la legitimidad de las cortes internacionales para juzgarlo en caso de genocidio o de violación

⁶⁵ Claro que muchas veces los tratados se violan sin consecuencias para el trasgresor, pero ello no es óbice para señalar el carácter jurídico de la norma. El Derecho Penal se viola a diario y no por ello se va a dudar de su juridicidad.

⁶⁶ International Court of Justice "Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Advisory Opinion of May 28th of 1951.

⁶⁷ Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo reparaciones y costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C n°153 parr. 84. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C n°186 parr. 118. "Caso Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C n° 162, parr 115 y "Caso Anzualdo Caastro vs. Perú. Excepción preliminar. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Serie C n°202 parr. 59.

de Derechos Humanos ¿Eso le quitaría el carácter jurídico al *ius cogens*? Decididamente no.

De la misma forma que el Derecho de mi país me obliga, aunque yo no esté de acuerdo con él; el Derecho Internacional obliga a los gobernantes de los Estados y a sus habitantes, aunque la mayoría no esté de acuerdo con él.

Además de todo lo dicho hay una razón de lógica que no puede soslayarse. Un Estado que recién nace no ha suscripto tratado alguno, ni ha sido parte de la costumbre internacional; tampoco puede atribuírsele participación en la elaboración de la costumbre internacional, sin embargo, difícilmente podría negarse que ese Estado, desde su primer instante, tiene ya el deber de respetar ciertas normas internacionales tales como la indemnidad de legación; la integridad territorial de los otros Estados; el arreglo pacífico de controversias; etcétera.

Alguien podría decir que el nuevo Estado nace ya obligado por los tratados celebrados por su antecesor en la responsabilidad internacional sobre ese territorio y esa población, tal como lo establece la Convención de Viena de 1978.

En primer lugar, la Convención de Viena de 1978 no está vigente por falta de ratificación del número mínimo previsto y, aun cuando estuviera vigente, sería necesario que el Estado antecesor hubiera suscripto la Convención.

Podría llegar a pensarse que aun cuando la Convención de Viena de 1978 no está vigente, genera ya costumbre internacional, sin embargo, ello no es así. Por ejemplo, frente a la disolución de la ex Checoslovaquia los países adoptaron respuestas diferentes. Alemania y Estados Unidos consideraron que tanto la República Checa como la República Eslovaca eran sucesores automáticos de los tratados suscriptos por la ex Checoslovaquia, mientras que Austria decidió revisar cada uno de ellos en nuevas tratativas diplomática (Moyano García-Garochano 1996–121/132).

En segundo lugar, y esto es lo más importante, la vigencia de un régimen jurídico internacional sobre sucesión de Estados en sistemas de tratados no rebatiría, sino que confirmaría la tesis que expongo, pues demostraría que cualquier nuevo Estado nace ya con su soberanía restringida por un antecesor que no es él o, lo que es lo mismo: nace sin ser soberano.

k) Conclusión.

Si la soberanía no se define como un poder supremo y absoluto se estaría confundiendo el concepto de soberanía con el de gobierno, con el de poder o con el de

jurisdicción. Si así fuese no tendría sentido crear una palabra nueva para mentar algo que ya existe y que es designado de forma muy clara y específica. Dicho de otro modo, o la soberanía es el poder supremo y absoluto o es nada.

Pero, si consideramos a la soberanía como poder supremo y absoluto debemos concluir que ella nunca tuvo existencia jurídica, ni tampoco la tendrá, pues hay una imposibilidad lógica en ello.

Ni siquiera la mayoría de los individuos del planeta tendrían derecho para decidir, por ejemplo, la aniquilación de una minoría. Podrían hacerlo ¡Claro está! Pero no tendrían derecho a ello.

De esto se desprende que ni siquiera la humanidad en su conjunto podría considerarse una entidad soberana.

Como bien dice Wade: El concepto clásico de soberanía se encuentra hoy en día en claro proceso de degradación, dando como consecuencia la crisis del dogma de la soberanía; intrincado problema este que emana de la doble corriente doctrinal que establece, por un lado, la manifiesta sociedad supranacional y, por el otro, el pluralismo dentro del Estado; doble fenómeno social incompatible con el carácter absoluto atribuido a la soberanía como poder estatal supremo y originario.

La conclusión, a mi entender, solo puede ser que la soberanía no existe como concepto jurídico.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

Arbuet Vignali, H y Barrios, L “El Estado, la soberanía y el marco internacional”. Revista de la Facultad de Derecho. N°20. 2001.

Arellano García, C Primer Curso de Derecho Internacional Público. Ed. Porrúa. México. 1993.

Arendt, H “Los orígenes del totalitarismo”. Alianza. Madrid 1981

Bodin, J. Seis libros de la república”. Tecnos. Madrid 1997.

Carbajar Cordon, J. “Moral, Derecho y política en Immanuel Kant”. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha. Cuenca 1999.

Ceballo Melguizo, R. “El derecho de resistencia en Kant”. Revista Discusiones filosóficas. Vol 16. N°27. 2015.

Chinin Macanchi, M.A. “Soberanía globalizada. El caso latinoamericano”. Daimon. Revista Internacional de Filosofía. N°66, 2015 41-54

De Los Ríos F. Obras completas. Antropos. Madrid 1997.

- Dworkin R. Justicia para erizos. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires 2014
- Fabra Zamora, J L y Spector E, Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho UNAM. México 2015.
- Ferrajoli, L. Más allá de la soberanía y la ciudadanía. Un constitucionalismo global en AAVV “Constitutionalism, democracy and sovereignty”. Trad Gerardo Pissarello. Richard Bellamy. Averbury 1996
- García Gestoso, N “Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía. Especial referencia a los Seis Libros de la República de j. Bodino”. Revista de Estudios Políticos Nueva Época. N°120. Abril-junio 2003, pag. 305.
- Heller, H Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrecht. Dunker und Humboldt. Berlín 1927
- Hillgruber CH. Soberanía. “La defensa de un concepto jurídico”. In Dret. Revista para el análisis jurídico. N°12009. Barcelona 2009, pag 4.
- Huber, E R Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Kohlhammer. Stuttgart 1963.
- Jellinek G Teoría general del Estado. Albatros. Buenos Aires 1970.
- Laband, P. Das Staatsrecht des Deutesches Reiches. Gale. Tubingen 2013.
- Mateo F. El otro Borges. Buenos Aires. Equis. 1997
- Moya Dominguez M.T. Manual de Derecho Internacional Público. Ediar. Buenos Aires 2004.
- Moyano García-Garochano, L “Sucesión de Estados en materia de tratados” Rev. Agenda Internacional. Vol. 3, N°. 7, 1996, págs. 121-132
- Nuñez, F R Encontronazo en Salamanca. Venceréis, pero no convenceréis. Revista La Aventura Histórica. N°184 (20014).
- Pérez Largacha, A “Contexto, antecedentes y consecuencias del tratado de paz entre Hatusilli III y Ramsés II. La perspectiva egipcia”. Revista Historiae. N°6 (2009).
- Quaritsch, H. Souveränität. Entsehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland von 13 Jh bis 1806.
- Rousseau, CH Derecho Internacional Público profundizado. La Ley. Buenos Aires 1996.
- Sauer, E Souveränität und Solidarität. Mutterschmidt. Gottingen 1954.
- Sen, A K “La idea de justicia”. Taurus. Buenos Aires 2011
- Schambek, H Subsidiarität und Souveränität in Zeit den Globalisierung. Pontifical Academy of Social Science. Ciudad del Vaticano. 2000.

¿Es constitucionalmente posible eliminar el régimen de Coparticipación Federal de Impuestos?

Por Leonardo Andrés Behm⁶⁸

a) A modo de introducción.

La escena política actual ha puesto sobre la mesa, nuevamente, la discusión relativa a aspectos que tocan de lleno al federalismo fiscal argentino, pero ya no desde la óptica de la omisión constitucional verificada a la luz de la Disposición Transitoria Sexta de nuestra Constitución Nacional (como era corriente)⁶⁹, sino en torno a la posibilidad de eliminar de plano el régimen de coparticipación federal de impuestos.

Conforme pudo leerse en los principales medios periodísticos, actores de la escena política nacional postulan la eliminación, sin más, del sistema de reparto diseñado en el artículo 75 inciso 2° del texto constitucional, bajo el argumento de la devolución de la plena autonomía tributaria a las Provincias y el principio de correspondencia fiscal. Así, según la referida propuesta, debiendo las Provincias sólo gastar en virtud de lo que recaudan fruto de los recursos propios, el esquema distributivo de coparticipación carecería de sustento.

La medida en cuestión involucra un giro de 180 grados en el esquema fiscal federal de nuestro país razón por la cual, a la luz de la fuerza normativa de la Constituciones⁷⁰ (Nacional y provinciales), debemos preguntarnos si aquella resulta o no viable. Sobre esta cuestión versará el presente estudio.

Descrito precedentemente el cuadro que abordará este trabajo, resultará necesario analizar, de manera previa, algunas cuestiones en torno al sistema federal argentino, en general, y al esquema de coparticipación federal de impuestos, en particular.

⁶⁸ Abogado (Universidad Nacional de La Plata), Escribano (Universidad Nacional de La Plata), Especialista en Derecho Tributario (Universidad Austral), Especialista en Derecho Constitucional (Universidad Nacional de La Plata), Magister en Derecho Tributario (Universidad Austral), Master en Derecho Constitucional (Universidad de Sevilla), doctorando en derecho (Universidad de Sevilla), docente universitario de grado y posgrado, Secretario de Investigación y Posgrado (Facultad de Ciencias Jurídicas –Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco-).

⁶⁹ Este trabajo no reparará en la omisión constitucional del dictado de una nueva ley de coparticipación en el marco de lo normado por el artículo 75 inciso 2° de la Constitución y su Disposición Transitoria Sexta, por cuanto ello escapa al objeto de estudio y ya ha sido suficientemente analizado por la doctrina especializada.

⁷⁰ Entendida ésta en torno a la idea de su eficacia y aplicación directa, por un lado, y a la luz de su efecto sobre el sistema de fuentes, es decir, como efecto de irradiación, por el otro, según las enseñanzas del maestro Germán Bidart Campos (El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa, EDIAR, Buenos Aires, 1995).

b) El sistema federal argentino. La relevancia institucional del sistema de coparticipación federal.

Dentro de las variadas manifestaciones del federalismo argentino el esquema de coparticipación federal de impuestos constituye una de las más relevantes, conformando lo que se ha dado en llamar federalismo fiscal o, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “federalismo de concertación” en su versión fiscal. Esta aclaración preliminar exige detenernos, seguidamente, en dos cuestiones estrechamente ligadas: La importancia constitucional de nuestro sistema federal y, dentro de la misma, del federalismo fiscal.

b.1) La importancia constitucional del federalismo.

El federalismo, en sentido amplio, comprende la vinculación de entidades políticas en una unión tan duradera como limitada (Nación-Provincias, en nuestro país), a los efectos de lograr la búsqueda enérgica de los fines comunes mientras se mantiene la integridad de partes plurales⁷¹. Esta definición federal descansa sobre dos ideas fuerza: a) El federalismo como principio constitucional político⁷², que repara en la difusión constitucional del poder⁷³ entre distintos agentes de un mismo Estado (geográficamente hablando⁷⁴); y b) El federalismo como principio teleológico, que se propone lograr la unión en el marco de la pluralidad de las piezas que componen el esquema federal.

En lo que a la difusión del poder respecta, cada entidad constituyente del esquema federal posee poderes no sólo propios⁷⁵ sino también compartidos o concurrentes⁷⁶. Ahora bien, dichas entidades se encuentran dotadas de autonomía política y de facultades legislativas propias en los asuntos que les competen, lo que se encuentra

⁷¹ Elazar, Daniel, *Exploring Federalis*, The university of Alabama Press, Tuscaloosa, Alabama, Estados Unidos, 1987, p. 5.

⁷² Esto ha sido definido como “principio federal” (WHEARE, Kenneth, *Federal Government*, Oxford University Press, Oxford, Inglaterra, 1964, p. 10.) o “piedra angular” (the corner-stones, según BACON, Gaspar, *Constitution of the United States: In Some of Its Fundamental Aspects*, Harvard University Press, Massachusetts, Estados Unidos, 1982, p. 35)

⁷³ Elazar, Daniel, op. cit., p. 5.

⁷⁴ Riker, William, *Federalism: Origin, Operation, Significance*, Little Brown, Boston, Estados Unidos, 1964, p. 11.

⁷⁵ Elazar, Daniel, Op.cit., p. 7.

⁷⁶ Saenz Royo, Eva, *Estado autonómico y reforma federal*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 102, Madrid, España, 2014, p. 429.

constitucionalmente garantido⁷⁷ a la luz de determinados mecanismos institucionales insertos dentro de la ingeniería de una Constitución⁷⁸ (justicia constitucional, mecanismos de reforma, participación de los agentes del federalismo en el Estado central, supremacía constitucional, en otros). Sin estos mecanismos el federalismo sería sólo ilusorio⁷⁹.

En relación a la unión y la pluralidad que también definen al federalismo, las mismas persiguen consolidar y unir, dentro de un mismo esquema, diferentes realidades para compensar, de esa manera, posibles asimetrías (culturales, fiscales, geográficas, de desarrollo, etc.) entre las distintas piezas que conforman un Estado federal. Ante ello, “federalizar implica tanto la creación y el mantenimiento de la unidad como la difusión del poder en nombre de la diversidad”⁸⁰ o la heterogeneidad⁸¹.

De esta manera, puede indicarse que el federalismo no sólo se alza como un mecanismo constitucional que persigue distribuir territorialmente el poder, sino que también importa una herramienta indispensable y apta para compensar las posibles asimetrías que puedan verificarse dentro de un determinado Estado federalmente organizado.

En el caso del federalismo argentino, el mismo se compone de sujetos necesarios o inexorables (Nación, Provincias y Municipios) y sujetos posibles o eventuales (la región, regulada en el artículo 124 de la Constitución⁸²).

Sobre nuestro sistema federal, a grandes rasgos, la Corte Suprema ha sostenido que: a) El texto constitucional argentino “no se ha propuesto hacer una Nación centralizada” sino más bien “una unión indestructible, pero de Estados indestructibles”, es decir, una “unión indisoluble entre ellos”⁸³; b) En la Constitución los poderes de las Provincias son “originarios e indefinidos y los delegados a la Nación son definidos y expresos, pero aquellos poderes provinciales no pueden enervar el ejercicio razonable de

⁷⁷ La Pergola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1994, p. 42.

⁷⁸ Kelsen, Hans, *Centralización y descentralización*, Instituto Nacional de Administración Pública, *Revista de Administración Pública*, número 63-64, Ciudad de México, México, 1985, p. 130.

⁷⁹ La Pergola, Antonio, *Op.cit.*, p. 42.

⁸⁰ Elazar, Daniel, *Op.cit.*, p. 64.

⁸¹ Según la Corte Suprema el ideal federalista de la Constitución exige el “reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia” (Fallos 311:460 -1988-) en el marco de una unidad apoyada sobre la diversidad de los agentes que componen el Estado federal (Fallos 315:2780 -1992-).

⁸² “Artículo 124.- Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios 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”.

⁸³ CSJN, Fallos 310:2478 (1987), disidencia del ministro Fayt.

los poderes delegados al gobierno federal, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias”⁸⁴. Es así como, por imperativo constitucional⁸⁵, las partes integrantes del sistema federal argentino no pueden actuar aisladamente sino más bien interactuar de manera articulada⁸⁶; c) El federalismo no involucra un régimen de subordinación de los Estados particulares al gobierno central, sino de correspondencia al bien común que declara la Constitución. Supone asociación y concertación de funciones, porque la dinámica de la república federal es de participación y no de aislamiento; d) La misión del gobierno central es presidir la unión indestructible de Estados indestructibles”⁸⁷; e) La regla es, entonces, “la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias” donde sus autoridades se desenvuelven armoniosamente para ayudarse y no para destruirse⁸⁸.

Así las cosas, cabe indicar que el federalismo argentino no sólo reposa en la clásica idea de distribución o separación de fuentes normativas de poder (dual federalism), sino que también repara en la idea de la coordinación articulada o de la solidaridad entre los agentes que componen el Estado federal, levantándose como una imprescindible herramienta constitucional idónea para compensar diversas asimetrías e igualar.

Dentro de las premisas supra descritas el federalismo fiscal (como manifestación del sistema federal) juega un rol fundamental, conforme se lo expondrá a continuación.

b.2) La importancia del federalismo fiscal (o de concertación) en nuestro esquema constitucional.

El federalismo fiscal argentino, en su aspecto constitucional, se ha estructurado en mayor magnitud en torno a lo que se ha dado en llamar “federalismo de concertación” y, más precisamente, “federalismo de concertación fiscal”⁸⁹. Dentro del mismo los

⁸⁴ CSJN, Fallos 332:66 (2009).

⁸⁵ CSJN, Fallos 344:809 (2021), voto de los ministros Maqueda y Rosatti.

⁸⁶ CSJN, Fallos 342:2136 (2019).

⁸⁷ CSJN, Fallos 301:1122 (1979).

⁸⁸ CSJN, Fallos 310:2733 (1987).

⁸⁹ Lo expuesto lo es fundamentalmente luego de la sanción de la Ley de Unificación de Impuestos Internos (12.139) la que dio inicio, con rango legal e infra constitucional, al federalismo de concertación (aunque técnicamente no hubo previas negociaciones entre la Nación y las Provincias).

Lo manifestado supra no quiere decir que previamente el federalismo fiscal no haya tenido lugar en el sistema argentino. Todo lo contrario, el texto histórico de nuestra Constitución (1853/60) consagró un

distintos agentes federales (Nación-Provincias), a través de políticas uniformes⁹⁰, consensuan acuerdos en materia de distribución de recursos fiscales⁹¹, de armonización o coordinación financiera, disciplinando en consecuencia el ejercicio de sus facultades para evitar superposiciones tributarias⁹², corregir asimetrías o, también, lograr el crecimiento de la economía nacional y de reactivación de las economías regionales⁹³.

Como bien destaca Pedro Frías esta vía de implementación implica reconocer que el federalismo “no es ya estático, puramente normativo, sino contractual” donde se acuerda entre la Nación y las Provincias, o entre las Provincias entre sí, desarrollar políticas intercomunales a la luz de una gestión marcadamente intergubernamental⁹⁴.

“Concertar”, entonces, involucra “las ideas de armonía, pacto, acuerdo, buen orden y disposición de las cosas, porque consiste precisamente en llevar objetos o intereses diversos a identidad de fines”⁹⁵. La concertación es así, por ende, “inherente a la noción misma de federalismo”⁹⁶. Es por ello que, dentro de nuestra ingeniería constitucional, los sujetos del Estado federal no actúan aisladamente, sino que lo hacen en el marco de una interacción articulada, lo cual involucra una percepción federal conjunta o cooperativa superadora de enfoques netamente disyuntivos o separatistas⁹⁷.

En apretada síntesis, de lo hasta aquí expuesto y de la jurisprudencia de la Corte Suprema, pueden extraerse las siguientes caracterizaciones respecto del federalismo de concertación: a) El mismo reposa en los principios de la buena fe, lealtad y coordinación, que posibilitan conjugar diferentes intereses y encauzarlos hacia la satisfacción del bien común, evitando que los Estados abusen en el ejercicio de sus competencias, tanto si son

sistema de separación de fuentes tributarias entre la Nación y las Provincias, lo cual es una clara manifestación del federalismo fiscal, pero en una faceta estática y no dinámica.

Fueron las divergentes interpretaciones que de ese esquema se generaron (en el marco del avance del Estado central sobre atribuciones tributarias hasta entonces sólo utilizadas por las Provincias) las que culminaron en un solapamiento de facultades impositivas entre Nación-Provincias. Ello motivaría, años más tarde, la aparición de la Ley 12.139, que unificó la recaudación tributaria en el Estado central y el reparto de una porción de ella a las Provincias, las que irían adhiriendo al sistema. A partir de este hito nace el federalismo de concertación fiscal técnicamente hablando.

⁹⁰ CSJN, Fallos: 322:1781, 1999.

⁹¹ CSJN, Fallos: 338:1356, 2015.

⁹² CSJN, Fallos: 338:845, 2015.

⁹³ CSJN, Fallos: 322:1781, 1999.

⁹⁴ FRÍAS, Pedro, El federalismo argentino, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, de disponible en www.acaderc.org.ar, p. 3.

⁹⁵ Barrera Buteler, Guillermo, Federalismo de concertación, Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2021, disponible en www.aadconst.org.ar/revistadigital, p.1.

⁹⁶ Barrera Buteler, Guillermo, ídem.

⁹⁷ CSJN, 340:1695, 2017.

propias como si son compartidas o concurrentes⁹⁸; b) El ideario federal de la Constitución parte de la base de que el Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios coordinan sus facultades para ayudarse y nunca para destruirse⁹⁹; c) La concertación no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central sino más bien coordinación de esfuerzos y funciones destinados a cubrir metas comunes¹⁰⁰; d) Esta manifestación del federalismo se instrumenta o canaliza a través de pactos¹⁰¹ o leyes-convenios que, dada su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional, no se encuentran en una esfera de disponibilidad individual de las partes, por lo que estos pactos sólo pueden ser modificados por otro acuerdo posterior (de la misma naturaleza) y, por vía de consecuencia, nunca pueden ser derogadas unilateralmente¹⁰²; y e) Tales pactos o leyes-convenios deben ser ratificados por los sujetos involucrados en la concertación, lo que les asigna una particular jerarquía dentro del ordenamiento jurídico¹⁰³.

Aunque el desarrollo de esta modalidad federal es más bien moderna, debe señalarse que la propia historia argentina se sustentó en torno a diversos pactos o concertaciones previas a la sanción de la Constitución, que ésta denomina “preexistentes”¹⁰⁴.

⁹⁸ CSJN, Fallos: 344:809, 2021, voto del juez Rosatti.

⁹⁹ CSJN, Fallos: 344:809, 2021, voto de los jueces Maqueda y Rosatti.

¹⁰⁰ CSJN, Fallos: 344:809, 2021, voto de los jueces Maqueda y Rosatti.

¹⁰¹ Esta manifestación del federalismo se canaliza a través de pactos o convenios. Su ausencia, ante normativa del estado central que modificaba el esquema de reparto, sustentó la concesión de una medida cautelar por parte de la Corte suprema en los Fallos: 345:1498. Allí, el 21/12/22, para tener por acreditada la verosimilitud en el derecho se sostuvo que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución establece un ordenamiento jurídico de carácter convencional para reglar tanto la coparticipación de impuestos como la transferencia de servicios, competencias y funciones de la Nación a las provincias; sin embargo ni la reasignación de recursos establecida en el decreto 735/2020, ni la que, luego, dispuso la ley 27.606 han sido aprobadas por la Ciudad de Buenos Aires, ni previa, ni ulteriormente. Por su parte, para tener por verificado el peligro en la demora el Tribunal dijo que las transferencias a la Ciudad de Buenos Aires en concepto de coparticipación de impuestos fueron reducidas significativamente y el efecto que habría tenido esta brusca y sustancial reducción de los recursos para la provisión y financiamiento de bienes y servicios públicos adquiere plausibilidad si se tiene en cuenta que el Estado Nacional y los estados particulares actúan sobre la base de programas presupuestarios de base anual como mínimo, sin perjuicio de que, en muchos casos, los planes de inversión que hacen los estados se extienden por más de un ejercicio, todo lo cual se apoya en previsiones de ingresos basadas en una mínima estabilidad de las normas jurídicas que gobiernan el flujo de ingresos.

¹⁰² CSJN, Fallos: 338:1356, 2015.

¹⁰³ CSJN, Fallos: 338:1356, 2015.

¹⁰⁴ Ello puede leerse del texto del Preámbulo (“Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes...”) o del propio artículo 121 que dispone que “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

Si bien esta versión de federalismo fue regulada expresamente por el texto histórico de la Constitución, posibilitando la concertación de tratados interprovinciales¹⁰⁵, su desarrollo más profuso se verificó luego de la reforma de 1994¹⁰⁶. Dicha reforma no sólo mantuvo la regulación relativa a tales tratados interprovinciales sino que también implementó una serie interesante de facultades concurrentes en diversas materias (educación, medio ambiente, pueblos originarios), incorporó el artículo 124 (relativo a las regiones) y, en lo que a este trabajo interesa, insertó cuestiones estrictamente referidas a uno de los principales capítulos del federalismo de concertación fiscal: La coparticipación federal de impuestos, conforme las premisas del artículo 75 inciso 2° del texto reformado.

Fue así que, respecto de esta última cuestión, la reforma de 1994 permitió superar el estado de intemperie constitucional¹⁰⁷ en el que se encontraba el régimen de coparticipación federal, procediéndose a su institucionalización¹⁰⁸, constitucionalización¹⁰⁹ o jerarquización, reforzándose el sistema federal argentino (conforme los postulados establecidos en la Ley 24.309, de necesidad de reforma de la Constitución¹¹⁰).

¹⁰⁵Ya el artículo 107 (texto 1853-60) establecía que “Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal, y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines y con sus recursos propios”.

¹⁰⁶ Al decir de la Corte Suprema de Justicia “a la luz de dicha reforma constitucional, la tarea de concertación federal es primariamente de las autoridades políticas nacionales y provinciales, que deben conjugar intereses para potenciar el cumplimiento del texto constitucional, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado” (Fallos 342:917 -2019-).

¹⁰⁷ Bulit Goñi, Enrique, Prologo de la obra de PÉREZ HUALDE, Alejandro, Coparticipación federal de impuestos en la Constitución Nacional, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 37.

¹⁰⁸ Asencio, Miguel, Federalismo Fiscal y coparticipación impositiva en un marco de equidad y solidaridad, Centro de Estudios Científicos y técnicos de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1996, p. 167.

¹⁰⁹ CSJN, El Cóndor c/ Buenos Aires, 2001.

¹¹⁰ Conforme la Ley de necesidad de reforma, N° 24.309 en su artículo 3. La Ley refiere “Distribución de competencias entre la Nación y las provincias respecto de la prestación de servicios y en materia de gastos y recursos”, es decir, al “Régimen de coparticipación”.

El convencional Rubén Marín calificó a la reforma como una “auténtica conquista federal” expresando que “La inserción constitucional del régimen de coparticipación reconoce sucintamente varios fundamentos: ajustar el texto normativo constitucional a una práctica de distribución fiscal que desde hace aproximadamente seis décadas se ha consolidado en el país, eliminando de esta manera una situación de incertidumbre jurídica; conferir racionalidad a la administración y distribución de recursos financieros y fiscales entre las diferentes jurisdicciones; estructurar un espacio institucional de concertación federal desde donde se diseñe, en un marco de participación igualitaria, la matriz tributaria y la pauta de distribución de los fondos que se recauden; superar los inconvenientes que genera un sistema rígido de separación de fuentes tributarias; beneficiar al contribuyente individual, disminuyendo la presión fiscal global y reduciendo los costos de percepción, fundamentalmente dando posibilidad a las provincias chicas de poder

Tal es la relevancia del sistema de coparticipación federal que la Corte Suprema lo ha calificado como de “trascendente régimen...al cual los constituyentes reformadores de 1994 le otorgaron un explícito reconocimiento constitucional como uno de los instrumentos en cuya observancia descansa la efectiva vigencia del sistema republicano y federal de gobierno”¹¹¹.

Es decir, la reforma constitucional de 1994 se propuso reforzar el federalismo y reparó, para ello, en la relevancia del sistema de coparticipación federal de impuestos. Así, el fortalecimiento del esquema federal argentino, según se dispuso en la etapa pre-constituyente de la última reforma, vendría de la mano de la constitucionalización del sistema de coparticipación federal de impuestos.

c) El federalismo fiscal o de concertación en la Constitución Nacional. La coparticipación federal de impuestos.

La labor de la Convención Constituyente culminó en agosto de 1994 incorporando al artículo 75, en lo que aquí interesa, los incisos 2° y 3°. Así, se establecieron las siguientes regulaciones:

1) Se plasmó expresamente la facultad del Congreso para “Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias”, receptando de esta manera un práctica fiscal que había tenido acogida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1927¹¹²;

2) Tanto el fruto de la recaudación de los impuestos directos como indirectos, salvo que se involucren afectaciones específicas (conforme el artículo 75 inciso 3°), “son coparticipable”. De esta manera, se asistió a la mencionada constitucionalización del sistema de coparticipación federal de impuestos, fijándose al efecto los lineamientos a los que deberán sujetarse los futuros regímenes, a saber: a) La distribución de recursos entre la Nación y las Provincias debe efectuarse en torno a los siguientes parámetros: a.1) En relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada jurisdicción, es decir, respetando el principio de la “correspondencia fiscal”; y a.2) En torno a criterios objetivos de reparto, los que serán verificables y, por ende, pasibles de ser modificados ante ciertos cambios de circunstancias que así lo exijan; y b) La distribución deberá ser equitativa y

compartir la recaudación de otras provincias; favorecer a los estados provinciales más pobres, que permite su subsistencia en este momento” (Botana, Diego, La reforma constitucional de 1994 y la coparticipación federal, Revista Jurídica, Universidad de San Andrés, número 8, 2019, disponible en www.udes.edu.ar).

¹¹¹ CSJN, Fallos: 342:1591 (2019).

¹¹² CSJN, Fallos: 149:260 (1927).

solidaria, dando prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. Se consagraron, así, dos principios relativos a la distribución de recursos, como lo son el de la equidad y la solidaridad federal. Asimismo, se insertó en el texto constitucional un postulado teleológico respecto del régimen de coparticipación, por cuanto el reparto de recursos debe tender al logro “de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”.

3) El artículo 75 inciso 3° facultó al Congreso para “Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”, dando cobertura constitucional a una práctica utilizada de manera desmesurada previo a la reforma de 1994.

Por su parte, para dar eficacia a las cuestiones reguladas en el artículo 75 inciso 2°, la Convención Constituyente incorporó al texto reformado la Disposición Transitoria Sexta, la que dispuso: “Un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inc. 2 del Artículo 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes de la finalización del año 1996; la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada; tampoco podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación”¹¹³.

¹¹³ Ahora bien, cabe aquí recordar que al día de la fecha continúa rigiendo la “transitoria” Ley 23.548 (de fines de 1987), por lo que la manda constitucional contenida en la Disposición Transitoria Sexta se encuentra abiertamente incumplida desde fines de 1996. Este dato objetivo no puede discutirse y ha encontrado las más severas críticas por parte de la doctrina especializada.

Lo delicado de esta situación no reposa sólo en que mantiene intacto un esquema del que la reforma constitucional de 1994 quiso expresamente salir, sino en que la misma se apoya en lo que podría calificarse como una “inconstitucionalidad doblemente verificada”, es decir: a) Por un lado el vicio constitucional se deriva del confronte de dos normas de diversa jerarquía (una de rango constitucional y otra infra constitucional) como lo son el propio texto de la Constitución y la norma contenida en la Ley 23.348, que habilita su prórroga automática ante la ausencia de un nuevo esquema de reparto que la sustituya; y b) Por el otro, se asiste a un patente supuesto de inconstitucionalidad por omisión, un no hacer debiendo hacer, fruto de la inercia de los poderes constituidos convocados por la Constitución para dar impulso a un nuevo esquema fiscal federal.

Sobre la mentada omisión constitucional la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resulta más que interesante. Si bien podría debatirse sobre el carácter justiciable o no de la delicada situación descripta en el apartado anterior, por cuanto el nuevo régimen de coparticipación federal debe gestarse en el marco de previos acuerdos entre las jurisdicciones involucradas, ha sido la propia Corte la que se ha encargado de desactivar toda discusión al respecto, resolviendo conflictos de similar envergadura del ámbito local (Fallos 337:1263 -2014- y 341:939 -2018-).

A nivel federal la Corte Suprema tuvo oportunidad de resolver reclamos formulados por algunas Provincias en casos en los que no se cuestionaba directamente dicha omisión aunque el asunto estaba relacionado con

d) El asunto en la Constitución de la Provincia del Chubut.

El carácter de sujeto necesario del sistema fiscal federal argentino de Chubut surge naturalmente de su Constitución, en cuanto establece que la Provincia es “integrante de la República Argentina de acuerdo con el régimen federal de la Constitución Nacional, que es su ley suprema...” (artículo 1º). En este entendimiento, la Provincia ha adherido a la vigente ley de coparticipación mediante la Ley XXIV N° 20 y a un sin fin de pactos fiscales.

Por su parte, bajo el título “Cláusula Federal” (artículo 14) la Constitución provincial establece que “Corresponde al Gobierno Provincial: 2. Concertar regímenes de coparticipación federal o regional de tributos” y “3. Propiciar acuerdos de concertación federal con el Estado Nacional, provincias y municipios”.

En esa línea el texto constitucional determina, dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo, que “Al Gobernador corresponden las siguientes atribuciones y deberes: 17. Conviene con la Nación y demás provincias regímenes de coparticipación o multilaterales de carácter impositivo...” y que “18. Remesa en tiempo y forma los fondos coparticipables con los municipios o los que por cualquier concepto pertenezcan a ellos. Su incumplimiento es considerado una falta grave funcional” (artículo 156). Es así que el reparto de los recursos federales coparticipables a los municipios de la Provincia se regula mediante la Ley II N° 6.

Por su parte, constituyendo también los municipios agentes necesarios del federalismo argentino, al regular el “Gobierno Municipal” la Constitución expresa que “Los municipios tienen rentas y bienes propios, siendo exclusiva su facultad de imposición respecto de las personas cosas o formas de actividad sujetas a jurisdicción municipal. Disponen, además, de la coparticipación de los tributos, regalías y derechos

la misma. En dichas ocasiones el Tribunal sostuvo que: a) Resulta reprochable que no se haya dado cumplimiento a la manda constitucional; b) Más allá de la complejidad del asunto (ya que involucra la negociación, debate y consenso de una pluralidad de jurisdicciones para la definición del nuevo régimen fiscal federal), no se justifica el “inmovilismo” en cuestión, ya que conspira contra el objetivo de fortalecer el federalismo perseguido por los Constituyentes de 1994, por lo que la sanción de una nueva Ley resulta “imperiosa”; c) La Disposición Transitoria Sexta incluye un mandato explícito e inderogable, un imperativo categórico y la inquebrantable decisión de salir de un régimen e ingresar definitivamente en un nuevo mapa de relacionales financieras y fiscales entre el gobierno federal y los estados provinciales; y d) La Ley 23.548 establece un régimen de coparticipación de impuestos que ya no satisface las exigencias de la Constitución reformada (Fallos: 345:1498 -2022-).

Ahora bien, transcurridos ya varios años desde el establecimiento de dichas premisas jurisprudenciales el panorama no ha variado y la manda constitucional contenida en la Disposición Transitoria Sexta sigue sin ser cumplimentada.

que perciba la Provincia de conformidad con un régimen que asegura la automaticidad de la percepción y propende a la homogénea calidad de los servicios y a la justicia interregional, establecido por una ley especial sancionada con el voto de los dos tercios del total de miembros de la Legislatura” (artículo 239). Como correlato, el texto constitucional dispone que “Los municipios pueden firmar convenios con el Estado Provincial o Federal, para el ejercicio coordinado de actividades concurrentes como así también con organismos nacionales o internacionales y municipios de otras provincias” (artículo 237).

Así las cosas, al constituir la Provincia (junto a sus municipios) un sujeto inexorable del federalismo argentino, su Constitución contiene normas de las que surge la relevancia institucional del régimen de coparticipación como herramienta federal de desarrollo y financiamiento¹¹⁴, conforme los postulados establecidos por la Ley Fundamental de la Nación.

Efectuadas las aclaraciones de los apartados anteriores corresponde detenernos, a continuación, en la posibilidad de eliminar, por completo, el régimen de coparticipación federal de impuestos.

e) ¿Es constitucionalmente posible eliminar el sistema de coparticipación federal de impuestos?

La pregunta formulada requiere, a los efectos de brindar una respuesta adecuada, reparar en las siguientes cuestiones:

- 1) La Constitución Nacional reformada en 1994 buscó, tal como se expuso, fortalecer al federalismo a través de la constitucionalización de la coparticipación federal de impuestos, es decir, asignando jerarquía supra legal a la distribución de competencias entre la Nación y las Provincias en materia de recursos (conforme Ley 24.309).

En este marco, el artículo 75 inciso 2° del texto constitucional es imperativo al disponer que todas las contribuciones que imponga el Congreso Nacional

¹¹⁴ Tal es la importancia del régimen de coparticipación para las Provincias que el sistema recepta un principio al que la Corte ha denominado “intangibilidad de los recursos provinciales”, en virtud del cual no se pueden alterar en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de la reforma constitucional de 1994. La Corte, al referir a dicho principio, reparó en el impacto que la disminución dispuesta por el Estado Nacional de la alícuota del IVA (por Decreto) tendría sobre los presupuestos provinciales los que se encontraban comprometidos a la ejecución de políticas públicas en curso, algunas de ellas de carácter social (Fallos 342:1591 -2019-).

“son coparticipables”, a excepción de la parte o el total de las que tengan afectación específica¹¹⁵.

Así, la Constitución Nacional diseña un esquema de coparticipación federal imperativo, de inevitable vigencia, inspirado en una serie de principios y objetivos que tienden a robustecer al sistema federal argentino.

Ante lo expuesto, el incumplimiento de la manda constitucional contenida en la Disposición Transitoria Sexta no puede alterarse. Todo lo contrario, la importancia federal del sistema de coparticipación exige que sean arbitrados, de una vez por todas, los medios necesarios que deriven en un nuevo esquema de coparticipación que deje atrás el anquilosado mecanismo de la Ley 23.548.

- 2) Según consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia el federalismo de concertación fiscal se estructura sobre un principio fundamental como lo es el de la “inderogabilidad singular” de los mecanismos que los instrumentan. Ello por cuanto se trata de un esquema con un rango normativo específico dentro del derecho federal, una categoría singular, por lo que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes que componen el sistema de reparto (Nación o Provincias). A esto debe sumarse que expresamente el texto constitucional dispone que la ley que regule el esquema de coparticipación federal “no podrá ser modificada unilateralmente” (artículo 75 inciso 2°). Ello ha sido valorado por la Corte Suprema al entender que “no es admisible que un sistema jurídico interestatal, que se expresa mediante la suscripción de pactos federales (o la sanción de leyes-convenio), y tantas leyes aprobatorias o de adhesión como Estados parte, sea reglamentada por la Nación, que no es (en el marco y previsiones del sistema de coparticipación) sino uno de esos Estados” (Fallos: 338:1389 -2015-).
- 3) El sistema de coparticipación hace a la identidad federal argentina, no sólo desde su jerarquización a nivel constitucional, sino desde su irrupción infra constitucional en 1932 (con la aparición de la Ley de Unificación de Impuestos Internos).

Como consecuencia de ello, y en virtud del artículo 1° de la Constitución Nacional la mayoría de las Provincias, como agentes necesarios e inexorables

¹¹⁵ Y de aquellos tributos cuyo establecimiento constituye una facultad exclusiva de la Nación, como lo son los derechos de importación y exportación (conforme el artículo 75 inciso 1° de la Constitución).

del federalismo, han regulado en sus Constituciones la cuestión atinente al sistema de coparticipación federal de impuestos. En el caso de la Provincia del Chubut ello podemos verlo con claridad en sus artículos 1º, 14 y 156.

En este marco, el régimen de coparticipación resulta ser un mecanismo indispensable también para el desarrollo del régimen municipal y así lo ha resaltado la Corte Suprema de Justicia en Fallos 341:939 (2018). En el caso de la Provincia del Chubut ello surge de los artículos 237 y 239 de la Constitución provincial.

Lo expuesto en los apartados precedentes no implica desconocer la relevancia de las autonomías provinciales, de la utilización de sus poderes tributarios genuinos y de la posibilidad de que las Provincias recobren su facultad de recaudar determinados tributos (fundamentalmente directos).

Tampoco se desconoce aquí la relevancia del principio de la correspondencia fiscal. Sólo se trata de valorizar el rol fundamental que juega el sistema de coparticipación federal de impuestos en el esquema federal argentino.

Ahora bien: Lo expuesto con anterioridad no desconoce la única alternativa jurídica que habilitaría una posible eliminación del sistema de coparticipación federal. Ello sólo podría verificarse tras una reforma de la Constitución Nacional (y por derivación de las Constituciones provinciales), luego de haberse impulsado los complejos acuerdos políticos necesarios para tal cometido¹¹⁶. Sin embargo, vale la pena también aclararlo, ello representaría un claro retroceso constitucional en la historia federal más reciente de nuestro país. El federalismo fiscal hace hoy a la esencia federal de la Argentina.

Conforme lo expuesto precedentemente, la respuesta a la pregunta respecto de si es constitucionalmente posible eliminar, sin más, el régimen de coparticipación federal de impuestos es, a todas luces, clara: Bajo ningún punto de vista.

d) A modo de conclusión.

Este trabajo formuló la pregunta respecto de si actualmente resulta viable, desde una perspectiva constitucional, eliminar el régimen de coparticipación federal de

¹¹⁶ Ello, en un ejercicio meramente teórico, seguido de la plena devolución de las atribuciones fiscales que corresponden a las Provincias (como podría suceder, por ejemplo, con el Impuesto a las Ganancias el que corresponde ordinariamente a los entes provinciales). De esta manera, los mecanismos que se articulen buscaría más bien evitar superposiciones tributarias (múltiples imposiciones) allí donde las facultades tributarias entre la Nación y las Provincias son concurrentes (como acontece con los impuestos indirectos).

impuestos y dicho interrogante encontró una categórica respuesta: Ello es constitucionalmente imposible.

Se puso de manifiesto que la válvula de escape a tal imposibilidad reposa en una hipotética reforma constitucional, la que requeriría de importantes consensos políticos y representaría un inmenso retroceso en la historia federal de nuestro país.

El marco constitucional vigente (tanto Nacional como sub-nacional) y la jurisprudencia de la Corte Suprema no dejan margen alguno para la eliminación, sin más, del régimen de coparticipación federal de impuestos. Lo que nuestra Constitución y la consolidada jurisprudencia del Tribunal Címero exigen es que, de una vez por todas, se sancione un nuevo esquema de reparto de recursos tributarios conforme lo establece el artículo 75 inciso 2° de la Ley Suprema.

Asimismo, nuestra Constitución y la doctrina de la Corte exigen que toda medida que se adopte en materia de reparto de recursos nacionales involucre, indefectiblemente, la decisión/participación de todos los sujetos que integran el régimen. Esto no resulta ser un capricho sino que se deriva de dos fundamentales principio como lo son el de la inderogabilidad singular o imposibilidad de modificación unilateral del régimen de coparticipación, por un lado, y el de la intangibilidad de los recursos de las Provincias¹¹⁷, por el otro. La lógica constitucional se apoya en la premisa de que el Estado central no puede avanzar sin más, y por sí solo, sobre el régimen de reparto atento que ello no resulta ser neutral en términos financieros.

Lo expuesto *supra* fue ideado por el Constituyente de 1994, el que con el objeto de fortalecer el sistema federal de nuestro país terminó con la intemperie constitucional del régimen de coparticipación federal, plasmando expresamente en el texto de la Constitución un esquema en cuya observancia descansa la efectiva vigencia del sistema republicano y federal de gobierno. Es así que en el artículo 75 inciso 2° se consagra un régimen imperativo y de inevitable vigencia.

En fin, el régimen de coparticipación federal de impuestos y los recursos coparticipables, por derivación, no involucran una materia de libre disponibilidad para el Estado Nacional. Es allí, con finalidad protectoria, donde las Constituciones (en el marco

¹¹⁷ A modo de reciente ejemplo, puede citarse el caso del impacto que las modificaciones en el Impuesto a las Ganancias (respecto de las rentas de la cuarta categoría –conforme el Decreto 473/23 y Ley 27.725-) produce sobre las rentas de la Provincia del Chubut. Según ha publicado la Oficina de Presupuesto del Congreso el costo de dicha medida para Chubut ascendería a \$25.771 millones de pesos, lo que equivale a una masa salarial del sector público provincial. Comparativamente, dicha suma se asemeja a la recaudación provincial total, para el mes de octubre 2023, la que ascendió a algo más de \$26.000 millones según informa la Dirección de Rentas de Chubut (<http://www.dgrchubut.gov.ar/recaudacion/>).

de su fuerza normativa) y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (máximo representante de la justicia constitucional federal) se alzan en resguardo de las finanzas locales, por cuanto las Provincias y sus Municipios constituyen sujetos inexorables de nuestro diseño federal en pie de igual con el Estado central.

La concreción de un Estado Federal en la Constitución Nacional Argentina de 1853

Por Zulma Viviana Cola¹¹⁸,

Carmen Berta Vera¹¹⁹ y

Rubén Gustavo Fleitas¹²⁰

a) Introducción.

Para el estudio de la conformación de nuestra República en un Estado Federal, que luego se concretara en nuestra Constitución Nacional de 1853, realizamos un breve y sintético análisis de los principales aspectos históricos del federalismo en Argentina.

Luego de la Revolución de Mayo e iniciado un camino hacia la Independencia de nuestro pueblo, transcurridos años de lucha por dicha independencia y estableciendo los intentos y propuestas que integren a los pueblos o provincias como hoy las conocemos en un estado federal, se observa las luchas y debates que se dieron, dejando de lado intereses individuales para el logro colectivo, pero respetando el reparto de poder, sobre todo económico y político que finalmente incluya a todos los pueblos.

Sabido es que las provincias necesitaban contrabalancear el poder de Buenos Aires, incorporándola a una organización nacional, sancionando una Constitución. Así, en 1853, con el objetivo de instituir la unión nacional, afianzar la justicia y consolidar la paz interior, se acordó la reunión de un Congreso Constituyente a reunirse en Santa Fe, aunque sin la participación de la provincia de Bs As. Y sobre la base de una supuesta fortaleza institucional y económica, las provincias del interior sancionaron la Constitución de la Confederación Argentina.

Pues en esta primera versión normativa del federalismo de 1853 se consagró un modelo más "centralizado" que el estadounidense, con notoria influencia del pensamiento de Alberdi, quien consideraba que la forma de Estado más adecuada para los países evolucionados era el régimen unitario. Así, se cristalizó una fórmula "mixta" de "federalismo unitario", que sin desconocer la potestad de las provincias de elegir sus propios gobernantes y reglar sus instituciones particulares, acepta la existencia de un

¹¹⁸ Abogada, doctoranda en derecho, docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

¹¹⁹ Abogada, doctoranda en derecho, docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

¹²⁰ Abogado, doctorando en derecho, Decano y docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

poder central o suficientemente poderoso como para imponer la legislación de fondo y conducir la vida nacional e internacional.

b) Desarrollo.

Para el desarrollo del presente trabajo final, hemos intentado construir a través del paso de los momentos de la historia del derecho en nuestro país, todos aquellos conceptos que aporten a la comprensión de la constitución de nuestro Estado, que se concretó a partir de la declaración de independencia y su posterior aprobación de la Carta Magna, en 1853, estableciendo una república democrática y federal.

De la inmensidad de obras que han reflejado lo acontecido hasta dictada nuestra Constitución Nacional trataremos de sintetizar en pequeños momentos esa construcción de pueblo independiente a su concreción como Estado federal. Sirvan como ejemplo las referencias de las presentes obras:

b.1. El federalismo argentino en la primera mitad del Siglo XIX¹²¹.

José Carlos Chiaramonte expresa que, entre 1810 y 1853, el conjunto de pueblos que compondrían la futura República Argentina careció de texto constitucional y de estructura estatal permanente. Es en este período del llamado federalismo argentino que solo se analiza como un conjunto de tendencias políticas doctrinariamente poco definidas, que lo más que produjo, fue un pacto, para la concreción de una débil confederación que puede considerarse vigente entre 1831 y 1853.

Una confederación que a partir de cierto momento, se consideró como una mera alianza, ya que apenas establecida careció de órgano de gobierno central, cuerpo que es común en los casos históricos que respondan a esta figura de derecho internacional.

Desde la Revolución de Mayo (1810) y luego del Pacto Federal de 1831 se reunieron cuatro asambleas con fines constituyentes (1813, 1816-1819, 1824-1826 y 1828), de las que sólo dos produjeron textos constitucionales, invalidados de inmediato por el rechazo de las provincias federales debido al carácter unitario del Estado que diseñaban.

La organización política del conjunto de “pueblos” rioplatenses permaneció indefinida, y las autoridades centrales revolucionarias existentes en Bs As continuaron con el ordenamiento preexistente. Y a partir de 1817, con un instrumento

¹²¹ Chiaramonte, José Carlos (1993). El federalismo argentino en la primera mitad de siglo XIX, en Marcelo Carmagnani (coord.), *Federalismos latinoamericanos: México/Brasil/Argentina*, México: Fondo de Cultura Económica, pp. 81-132

preconstitucional, el Reglamento Provisorio, que tendría prolongada vigencia mucho más allá del fracasado Congreso que lo promulgó.

Antes de 1831 existieron diversos gobiernos centrales cuya naturaleza y sustrato estatal es aún objeto de discusión: Primera Junta (mayo a dic 1810), Junta Provisional Gubernativa o Junta Grande (enero a sept 1811), Junta Conservadora (sept a nov 1811), Primer Triunvirato (sept de 1811 a oct 1812), Segundo Triunvirato (oct de 1812 a ene 1814), Directorio (ene de 1814 a feb 1820), Presidencia (feb de 1826 a ago 1827); fueron casi todos gobiernos constituidos en Bs As como soluciones provisionales hasta que se reuniera la asamblea constituyente que definiría y organizaría el nuevo Estado.

Las demoras en reunir esas asambleas constituyentes, y el fracaso de las que se lograron congregarse, generó una contradictoria “provisionalidad permanente”, razón de la dificultad en la definición de la naturaleza de la organización política rioplatense desde 1810. Generando a partir de allí un escenario político en las provincias del Río de la Plata limitado a la existencia de estados provinciales que, en 1831 lograron una débil formalización de sus relaciones, también “provisoria y permanente”.

Es en esta primera mitad del siglo que, ha sido como dividido en dos partes: una primera dominada por el conflicto en torno a la forma de gobierno –forma de Estado- por adoptar, especialmente el conflicto entre unitarios y federales, y una posterior signada por el triunfo del federalismo. Y desde 1831, el descuido de la diferencia entre el triunfante confederacionismo y la noción de federalismo, que contribuyó a oscurecer la comprensión no sólo de esa etapa sino de todo el federalismo argentino.

Es en el Pacto Federal de 1831, el momento culminante del federalismo argentino en la primera mitad del siglo XIX, cuando se suscribe el documento que constituiría el fundamento contractual de la llamada Confederación Argentina hasta el Acuerdo de San Nicolás de 1852. Dicho Pacto sería ratificado como “ley fundamental de la República” en el texto del Acuerdo, e invocado implícitamente en la mención de los “pactos preexistentes” por el preámbulo de la Constitución de 1853. Destacando entre otros antecedentes el autor, que en 1826 tuvo lugar la tentativa de crear el Estado rioplatense, que volvió a fracasar cuando las provincias rechazaron la Constitución por su carácter unitario. Otro intento constitucional en 1928, propuesto por las provincias “federales”, que logró reunir una convención en la ciudad de Santa Fe, que también fracasó sin llegar a elaborar un texto constitucional. A partir de entonces y hasta la Constitución de 1853 no se reunirán congresos constituyentes argentinos.

b.2. Revolución de Mayo y derechos de las ciudades (Pág. 33)¹²².

Levaggi considera entre las necesarias premisas teóricas que, para la recta comprensión de las fuentes que serán analizadas, es indispensable tener presente algunas nociones previas. A saber:

1) Para una parte importante de la opinión pública, compuesta tanto de federales como de unitarios del interior, la acefalía del trono español, produjo el efecto de que la soberanía se atribuyere a cada uno de los pueblos o ciudades que componían el Virreinato y no, en su totalidad, y de forma indivisa, a una supuesta nación rioplatense, en sentido político como sostenían los partidarios del centralismo porteño.

2) El depósito de la soberanía en cada uno de los pueblos hacía a todos iguales, borraba las jerarquías establecidas por la constitución indiana entre capitales y ciudades subordinadas, y dejaba a cada pueblo en plena libertad para decidir su destino.

3) Tomando conciencia de integrar una misma comunidad nacional, en sentido histórico-cultural, con el firme propósito de mantenerse unidos, de concertar un nuevo pacto político, y de organizarse como Estado mediante una constitución.

Pues en ellas el autor considera las fuentes que darían origen a nuestro estado federal, transcurridas las etapas desde la revolución de mayo hasta el congreso constituyente de 1853.

b.3. Decada de 1810 en las Provincias Unidas (Pag.63-65)¹²³.

Levaggi en el presente Capítulo supone una Pluralidad de significados, pues considera los varios que tuvieron las palabras confederación y federación. Sobresale el de mera alianza o asociación, y el de Estado federal o confederación de Estados. Esos conceptos fueron acompañados de alguna valoración positiva o negativa. Indicando que a juicio de Brackenridge, los escritos de los centralistas y de sus adversarios probaban que el sistema federativo “no era comprendido por ninguno de los dos”.

La primera de las acepciones -mera alianza o asociación- lo vemos en la carta del Deán Gregorio Funes, oculto como “Un Ciudadano”, al director de la Gaceta de Bs. As., cuando dice que el primer objeto de la “confederación civil”, o sea, del contrato social, es que una nación sea gobernada por leyes justas e imparciales, y también cuando usa

¹²²Levaggi, Abelardo (2007). Confederación y federación en la génesis del Estado Argentino. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Capítulo I y Capítulo II.

¹²³Levaggi, Abelardo (2007). Confederación y federación en la génesis del Estado Argentino. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Capítulo IV.

indistintamente las frases “las provincias de nuestra confederación” y “las provincias de nuestra asociación”. El Cabildo de Córdoba participó del significado de mera asociación con la frase: “el primer objeto de la confederación civil es ampararnos recíprocamente y constituir una autoridad”.

Mariano Moreno, en cambio, habló en el ensayo “Sobre la misión del Congreso convocado en virtud de la resolución plebiscitaria del 25 de mayo”, publicado en la Gaceta de Bs. As. del 1º/nov/1810, de “gobierno y sistema federativo” y de “confederación patriarcal”, con el sentido de forma de Estado: “un Estado admirable, que reúne al gobierno patriarcal la forma de una rigurosa federación” Aun cuando era considerado en ese momento como “el más conveniente a las circunstancias y estado de nuestras provincias”, lo descartó por juzgarlo “inverificable”.

Como confederación de Estados, lo usaron, por ej., Manuel José García y Juan Ignacio de Gorriti. García se preguntó si las diversas provincias deberían constituir “otros tantos Estados y que todos formen un cuerpo federativo, así como los Beocios, Aqueos, Atenienses y demás repúblicas griegas”.

Gorriti, a la vez que descartaba el “sistema federativo” como solución final, entendiéndolo como una confederación, aseveró que la igualdad de las ciudades estrecharía y fortalecería la unión del cuerpo del Estado. “Hemos proclamado la igualdad de derechos de todos los pueblos, y está en oposición con nuestros principios un orden que exalta a unos, y deprime a los demás. Es injusto, porque se falta en el punto más esencial a los pactos con que todas las ciudades se unieron a este gobierno”.

Todavía puede mencionarse el uso de confederación con el sentido de simple promesa o compromiso. Así lo hizo el Cabildo de Potosí al decir que “se confederaron a una nueva reunión”.

Luego refiere Levaggi en el “Origen de los nombres Confederación y Provincias Unidas según Alberdi” (Pag.65-66): Alberdi interpretó que confederación era el nombre que se le daba a la Nación rioplatense. Así, escribió que “en su primera manifestación constitucional, la Revolución de Mayo pronunció el nombre de Confederación; de modo que en la 1ra Constitución del país, igual que en la última de 1853, Nación y Confederación fueron utilizados como sinónimos del pueblo argentino.

En su afán de justificar el nombre de la Confederación Argentina, adoptado por la Constitución de 1853, Alberdi se equivocó. La voz confederación, en el documento de 1811, no tiene la misma acepción, sino la antes mencionada de asociación, sociedad. Es así, que en la Introducción, este concepto se repite, bajo la forma de los sinónimos: nuestra

“sociedad”, “obrar relativamente al fin de la asociación”, las sociedades mandaron diputados por el derecho que tienen como “miembros de la asociación”. El nombre que reemplazaba a Virreinato del Río de la Plata no era Confederación, sino Provincias Unidas del Río de la Plata o del Sur, una expresión también asociada al sistema confederal.

Fue Sarmiento quien dijo que el nombre Provincias Unidas, adoptado por el Congreso de Tucumán. Era federal, a la vez que el de la Constitución de 1826, República Argentina, era unitario.

Alberdi nos ilustra que el nombre de Provincias Unidas fue tomado, no de los Estados Unidos de Norte América, sino de las Provincias Unidas de Holanda. “Cuando llegó el día en que la América del Sud hizo lo que Holanda en 1579 (separarse de España), por esa analogía, se apropiaron del nombre ilustre en la historia de la libertad de Provincias Unidas del Río de la Plata, y se constituyeron en república federativa como su modelo”.

b.4. Crisis de la monarquía e independencias (1810-1820)¹²⁴.

Mariano Moreno¹²⁵ consideraba que, era necesaria una constitución bien calculada, que asegurase la felicidad de nuestro futuro destino, ya que es justo que los pueblos esperen todo bueno de sus dignos representantes, y sobre todo que aprendan lo que es debido a sus intereses y derechos; generando desde la constitución derechos para un pueblo noble que contribuya a grandes cosas y al bien general.

No se podrá alcanzar dicha felicidad si no tenemos una constitución, para ello es necesario que la asamblea que se convoque para crearla, se encuentre autorizada por las provincias para reglarlas, manteniendo indudablemente viva la noción de federalismo en dicha construcción.

Pues la concurrencia de los representantes, es legítima de la voluntad de los pueblos, sus decisiones constituyendo un órgano seguro de su voluntad, y que lleve el sello sagrado de la verdadera soberanía de sus regiones; permitiendo que la asamblea se encuentre revestida de un poder soberano, no dejando de esta manera defectuosa su obra si se redujere a elegir gobernantes, sin fijarle la constitución y forma de su gobierno. La

¹²⁴De la obra de Chiaramonte, José Carlos (2007). *Ciudades, Provincias, Estados: Orígenes de la Nación Argentina*: Emecè, pp.92-103 (pp. 92, 96-98).

¹²⁵Tomamos las expresiones de Mariano Moreno, (“Sobre el Congreso convocado, y Constitución del Estado”), *Gaceta de Bs As*, Nov. y Dic. 1810.

verdadera soberanía de un pueblo nunca ha consistido sino en la voluntad general del mismo, no puedo consistir una asamblea en la simple designación de sus gobernantes, sin una constitución por donde se rijan y que la misma sin dudas garantice la voluntad y participación general.

En Replica a las manifestaciones que precitáramos, Funes¹²⁶ señala que no conduce a la concreción de una única constitución sacar y evitar la participación de los pueblos (provincias) y desorganizando al estado, reduciéndolo a una anarquía, poniendo en desorden el sistema de las leyes.

Resalta que las intendencias y gobiernos son una parte esencial de la constitución. Pues es aniquilándolas que seguramente dicha construcción deviene en desorden y confusión.

A la nación se le debe infundir un mismo espíritu y un mismo interés, mediante un estrecho lazo de sus partes, pues quitando del medio a las intendencias rompe, uno de los anillos, dejando a las ciudades aisladas y atadas a un centro lejano de poder y toma de decisiones.

b.5. El proceso constitucional argentino (1851-1860)¹²⁷.

En su discurso en la Asamblea Constituyente el señor Gorostiaga, dijo refiriéndose a la forma de gobierno como base para el proyecto de constitución: Está abierta la discusión del proyecto de Constitución, y demás leyes necesarias para ponerlo en ejecución. En esta discusión creo que solo pueden examinarse dos puntos: primero la naturaleza de la Forma de Gobierno que sirve de base al proyecto de Constitución; y segundo la necesidad de su deliberación.

El primer punto está determinado por el tratado del 4/Ene/1831, y por el acuerdo del 31/May/1852. La Constitución de la Confederación Argentina debe ser federal. La comisión ha observado estrictamente esta base organizando un gobierno general para la República, dejando subsistentes la soberanía e independencia de las provincias. Su proyecto está basado en el molde de la constitución de los Estados Unidos, único modelo de federación que existe en el mundo. Señalando que debe considerarse en la

¹²⁶Replica de Funes, 13 de abril de 1811 (Levene, Ricardo (1933). Los primeros documentos de nuestro Federalismo Político. Humanidades (23), 11-50, pp. 43, 50.)

¹²⁷Discurso de Benjamín Gorostiaga en la sesión del 20/abr/1853 del Congreso Constituyente - Ravignani, Emilio (dir) (1937). Asambleas Constituyentes Argentinas, Tomo IV, Bs As: Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser, p. 468.

conformación de nuestro estado el sistema mixto que tiene fuentes en la Constitución Norteamericana.

De Europa extrae Alberdi¹²⁸, que el federalismo significa liberalismo, aun como gobierno de la gran república americana, como reacción contra el centralismo político y que ha llegado de manera exagerada hasta suprimir las libertades en Europa. En Estados Unidos, el federalismo significa Centralismo, y constituyendo un doble elemento de civilización y libertad, consistiendo en la centralización o concentración de pueblos libres en una nación. Que afirma y consolida sus libertades.

En América del Sur, la federación significa una feudalidad política o administrativa, consiste en la desmembración y la localización del poder nacional soberano, y en la conversión de sus fragmentos en una especie de propiedad o dominio personal de los caudillos de provincia.

En este sentido de feudalismo, el federalismo significa atraso, de un pasado contra “revolución y barbarie”, es decir todo lo contrario justamente de lo que significa en Europa y América del Norte.

Los dos principios de unidad y federación, debe considerarse como la unidad indivisible para las provincias; y la federación, para lo que corresponde a la nación. Estos dos principios constituyen el fondo inalterable de política local, calificándola de liberal, el dualismo de estos dos principios produce, la provincia unitaria e indivisible predomina sobre la Nación Federal. Por todo camino la política liberal de Bs As representa y conduce a la división radical de la República Argentina pretendiendo conformarse en más de un solo país, genera que la integridad de la provincia no signifique otra cosa que la desintegridad de la Nación.

c) **Conclusión.**

Del breve análisis de los aspectos históricos del federalismo en Argentina, se observa con claridad los hechos que dieron lugar a la conformación de nuestro Estado, desde la Revolución de Mayo, hasta la concreción de nuestra Constitución Nacional en 1853. Las raíces del federalismo en Argentina las encontramos “en el régimen municipal español mediante los "cabildos", que dieron lugar a las "provincias" (vocablo para

¹²⁸ Juan Bautista Alberdi (1899 (1868)), Efectos del sistema federal en la unidad tradicional de la legislación civil de las repúblicas de Sudamérica, en Escritos póstumos, tomo VIII, Buenos Aires: Imprenta Cruz Hermanos, pp. 336-337, 342.

identificar a las unidades federativas argentinas), y a la ausencia de una soberanía nacional, que causó las soberanías locales” (Hernández, A.M.).¹²⁹

El federalismo fue la forma de Estado que surgió en nuestro país para resolver los graves conflictos interprovinciales producto de la gran heterogeneidad social y política interna, así como de los distintos niveles de desarrollo, herencia de las notables diferencias y desigualdades existentes en el propio Virreinato del Río de la Plata desde sus inicios.

Al producirse la Revolución de Mayo de 1810 y decretarse la libertad como paso previo a la independencia y la organización definitiva del país, surge un movimiento político-institucional gestado en Bs As y que luego se desplegó en todo el territorio hispánico en América. Por convicción o por la fuerza, casi todas las ciudades mayores y menores que constituían el mapa geográfico-político de la etapa colonial, y que luego se constituirían en provincias, fueron adhiriendo al primer gobierno que se había despojado de la corona española, llamado "Provincias Unidas del Río de la Plata".

Desde 1810, las Provincias Unidas del Río de la Plata iniciaron su existencia como país soberano, la sostuvieron exitosamente por medio de una prolongada guerra, con el fin de declarar su independencia que finalmente lograron. Pero también, durante este periodo, producto de los conflictos políticos y económicos (tales como el control del único puerto internacional del país y de sus ingresos de aduana, las políticas comerciales y la forma de organización institucional centralizada o descentralizada), las Provincias Unidas fracasaron en darse un gobierno y una Constitución.

Conforme sus diferentes intereses, las provincias independientes y soberanas, se dividían entre aquellas que querían la libre navegación de los ríos y las que preferían un control monopólico del puerto; entre aquellas que deseaban nacionalizar los recursos aduaneros y las que pretendían un control provincial de sus propios ingresos de aduana¹³⁰; entre las que pretendían procesos centralizadores del poder en el territorio y las que

¹²⁹ Hernández, A. M. (2010). Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino. En: Hernández, A.M. (dir.). Aspectos jurídicos e institucionales del federalismo argentino (pp. 11-79). Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Cs Sociales.

¹³⁰ En referencia a la navegación de los ríos, mientras que las provincias del interior apoyaban políticas de libre navegación y la instalación de nuevos puertos a lo largo de sus costas, la provincia de Bs As deseaba mantener el control del puerto así como la aduana y la regulación de la navegación fluvial, antiguo privilegio monopólico otorgado por el virreinato.

querían descentralizarlo porque entendían que una forma de Estado menos concentrada era más conveniente para el desarrollo del país.¹³¹

Sin dudas ante los conflictos interprovinciales, una posible solución era la unión, a través de la agrupación de todas las provincias dentro de un diseño institucional particular que regulara sus interacciones, decisiones y conflictos. La unión presentaba, desde el punto de vista de las preferencias centralizadoras o descentralizadoras, dos diseños institucionales posibles: el unitario y el federal. En el diseño unitario, un ente central reunía todo el poder soberano y las provincias no existían como entidades autónomas sino que dependían enteramente de la voluntad de la nación. A diferencia del anterior, el diseño federal permitía a las provincias tener cierta independencia en sus propios asuntos, y al mismo tiempo, crear un gobierno de alcance nacional que pudiera decidir sobre cuestiones comunes. Dentro del esquema federal podían encontrarse a su vez dos formas posibles: la confederación y la federación. Mientras que la confederación implicaba una asociación donde los estados retenían todo poder soberano y el ente central dependía por completo de sus voluntades; la federación suponía estados que concentraban cierta soberanía dentro de su propia esfera, con un ente central con capacidad e influencia propia sobre cuestiones comunes a todas las partes.

Sirva para comprender el funcionamiento del Estado federal en general, la definición de Lijphart (2000, p. 178)¹³², para quien el "federalismo es una organización política en la que las actividades del gobierno están divididas entre los gobiernos regionales y el gobierno central de modo que cada tipo de gobierno tiene ciertas actividades en las que toma decisiones finales".

El diseño unitario aparecía como la solución institucional óptima para las preferencias políticas de la élite revolucionaria porteña. Para atender a los requerimientos de la guerra de independencia. Y a largo plazo, siempre y cuando su élite revolucionaria lograra el control del Estado central, esta alternativa ofrecía mejores instrumentos para un control hegemónico de la organización política del país y el consecuente beneficio económico de Bs As. No obstante, la alternativa unitaria también demandaría altos costos para Bs As, dado que sería esa provincia la que debería efectuar la contribución más importante a la administración y a la atención fiscal de todo el país.

¹³¹ En cuanto a las políticas comerciales, Bs As quería abrir el comercio a todos los productos y países del mundo, mientras que las pcias del interior se oponían, siendo partidarias de imponer ciertos límites a la introducción de bienes extranjeros.

¹³²Lijphart, A. (2000). Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países. Barcelona: Ariel.

Pensando un diseño federal de nación, la élite porteña entendía que el mismo sería viable solo si Bs As conseguía mantener cierta independencia política, así como también el control de sus políticas comerciales y recursos económicos. La condición para ello era que los porteños controlaran políticamente los mecanismos nacionales de representación y de decisión, manteniendo su influencia (hegemonía) sobre las otras provincias. Por su parte, las provincias del interior se inclinaban por el sistema federal, intentando les asegurase un grado sustantivo de autonomía local y la posibilidad de participar del proceso de toma de decisiones en el ámbito nacional, entre otros beneficios.

Entre 1810 y 1830 existieron varios gobiernos centrales que, desde Bs As, intentaron permanecer, pero no lo lograron. Esta suerte de "Estado provisorio permanente", reflejaba la tensión y conflicto entre las provincias y el carácter fuertemente centralizador de Bs As que impedía toda alternativa de conjugar la independencia y la soberanía de las provincias con la unificación.

Existían varias provincias autónomas relacionadas entre sí, a través de más de cien acuerdos de integración, conciliación y pacificación¹³³, que frente al poder amenazante de Bs As no conciliaban sus intereses en una propuesta constitucional única. En este contexto, merece una mención especial el Pacto Federal de 1831, que se transformaría en la piedra fundamental de la Confederación Argentina. Suscripto por: Santa Fe, Corrientes, Salta, Jujuy, Santiago del Estero, Catamarca, Córdoba, La Rioja, San Juan, San Luis, Mendoza y las antiguas Repúblicas de Tucumán y de Entre Ríos. Una de las cláusulas del citado pacto, la que preveía el llamado a un Congreso Nacional, fue percibida por Bs As como una amenaza constante a sus intereses, derivando en 1834, en la disolución del cuerpo representativo nacional. Así, además de la posición privilegiada de Bs As en el Río de la Plata que le garantizaba el control del comercio, de los recursos aduaneros y de la navegación interior, en el gobierno de Juan Manuel de Rosas, esta provincia centralizaría también el manejo de los asuntos militares y de las relaciones exteriores de las provincias, hasta la caída del gobernador en 1852.¹³⁴

“A diferencia de la distribución ideológica de la mayoría de los países donde se enfrentaron unitarios y federales, en la Argentina todos quienes militaban en el movimiento unitario eran liberales, mientras que entre los que bregaban por la organización federal había liberales y conservadores, pero primaron estos últimos. En Bs

¹³³Por ejemplo, el Tratado del Pilar de 1820 o el del Cuadrilátero de 1822.

¹³⁴Para ampliar informaciones sobre el periodo 1810-1853, véase Chiaramonte (1993).

As, en la década de 1830, se formaron dos grupos políticos dentro del partido federal: a) los cismáticos, lomos negros o doctrinarios, que apoyaban a Balcarce, de orientación liberal, constitucionalista y popular, siguiendo el pensamiento del fusilado Dorrego, para quien el federalismo era la garantía del régimen republicano y de la libertad, y era el mejor camino para estimular la cultura, la educación y la riqueza de un país; b) los apostólicos de orientación conservadora rosista,¹³⁵ contraria, por ejemplo, a la tolerancia religiosa. La Constitución que nos rige desde 1853 es de carácter federal. Siguió la propuesta de la Asociación de Mayo, fundamentada por Alberdi, quien, luego de reseñar nuestros antecedentes históricos a favor del unitarismo y el federalismo,¹³⁶ señala: “Las cosas felizmente nos traen hoy al verdadero término, al término medio, que representa la paz entre la provincia y la nación, entre la parte y el todo, entre el localismo y la idea de una República Argentina. Será, pues, nuestra forma legal un gobierno mixto”¹³⁷...” (El federalismo en el origen, consolidación, desarrollo y superación del constitucionalismo. Eugenio Luis Palazzo)¹³⁸

Las provincias sabían que el único modo de contrabalancear el poder de Bs As era incorporándola a una organización nacional, para lo cual debían sancionar una Constitución. Así, en 1853, con el objetivo de instituir la unión nacional, afianzar la justicia y consolidar la paz interior, se acordó la reunión de un Congreso Constituyente a reunirse en Santa Fe, aunque sin la participación de la provincia de Bs As. Sobre la base de una supuesta fortaleza institucional y económica, las provincias del interior sancionaron la Constitución de la Confederación Argentina sin la concurrencia de Bs As.

Los convencionales de Santa Fe de 1853 sancionaron la Ley Suprema teniendo como precedente el modelo norteamericano de 1787¹³⁹, que estableció una República

¹³⁵ Juan Manuel de Rosas fue gobernador de Buenos Aires durante algo más de las dos décadas previas a la Constitución de 1853, y el más férreo opositor al dictado de constituciones, tanto a nivel nacional, como para su propia provincia, que en contraste con las demás que integraban la Confederación Argentina, no la tuvo hasta caído Rosas.

¹³⁶ Método fiel a su concepción historicista de la constitución, no conservadora a ultranza, como Rosas, sino liberal moderada. Sobre los distintos conceptos de constitución ver Bidegain, Carlos María, Curso de Derecho Constitucional, Bs As, Abeledo Perrot, t. I, 1994, pág. 10/15 y ss.; Palazzo, Eugenio Luis, Las fuentes del derecho en el desconcierto de juristas y ciudadanos, Bs As, Fecic, 2004, pág. 81 y ss.

¹³⁷ Alberdi, Juan Bautista, Las Bases, capítulo XXI.

¹³⁸ Palazzo, E. L. (2011). El federalismo en el origen, consolidación, desarrollo y superación del constitucionalismo [en línea], Prudentia Iuris, 70, 51-67. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/federalismoorigen-consolidacion-desarrollo-superacion.pdf>.

¹³⁹ No debemos dejar de aclarar que, a diferencia de los Estados Unidos, en donde el sistema federal consistió en un proceso de centralización de funciones y competencias de los estados locales preexistentes hacia el Estado federal, la Argentina adoptó el federalismo más bien como una fórmula superadora de los antagonismos y luchas civiles entre unitarios y federales, siendo que los integrantes de este último grupo

presidencialista como forma de gobierno y el federalismo como forma de Estado, además de otro antecedente directo e inmediato, el célebre libro Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina (Valparaíso, 1852) del padre del derecho público argentino, el prócer tucumano Juan Bautista Alberdi.

El federalismo en el pensamiento de Alberdi: ...Creía que la “cultura era francesa, pero la libertad inglesa” y en definitiva su modelo de derecho público y organización constitucional fue la república federal norteamericana, pero como veremos, con especial adecuación a nuestra realidad según su visión. En el Cap. XVII de las Bases escribió: “Dios da a cada pueblo su constitución o manera de ser normal, como lo da a cada hombre. El hombre no elige discrecionalmente su constitución gruesa o delgada, nerviosa o sanguínea; así tampoco el pueblo por su voluntad se dé una constitución monárquica o republicana, federal o unitaria. El recibe estas disposiciones al nacer: las recibe del suelo que le toca por morada, del número y de la condición de los pobladores con que empieza, de las instituciones anteriores y de los hechos que constituyen su historia”.¹⁴⁰

Expresando en los Caps. XVII al XXIV, en el 1ro titulado: “Bases y puntos de partida para la constitución del gobierno de la República Argentina” enumera los antecedentes unitarios correspondientes a la época del gobierno colonial y los del período de la revolución y luego hace lo propio con los antecedentes federativos de la República Argentina tanto coloniales como patrios. Y dice que para superar las luchas estériles del pasado hay que llegar a un “sistema mixto” que “abrace y concilie las libertades de cada provincia y las prerrogativas de la Nación”, como solución inevitable y única, mediante la combinación de los dos grandes términos del problema argentino: la Nación y la Provincia”¹⁴¹. En el Cap. XVIII, titulado “Continuación del mismo asunto. Del gobierno y su forma. La unidad pura es imposible” dice que no hay cuestión sobre la forma de gobierno que es la republicana, como fuera proclamado por la revolución americana y que ésta reside originariamente en la Nación y que la democracia es la esencia misma del gobierno. Luego expresa: “La federación o unidad, es decir, la mayor o menor centralización del gobierno general, son un accidente, un accesorio subalterno de la forma de gobierno. Este accesorio, sin embargo, ha dominado toda la cuestión constitucional de

no eran propiamente "federalistas" en el sentido del modelo norteamericano, sino "independentistas" que propugnaban una confederación de estados soberanos en oposición a Bs As.

¹⁴⁰ Dardo Pérez Guilhou ha destacado que en su método de derecho público valoró especialmente la historia y las costumbres (Alberdi y las fuentes del derecho público argentino, ob. cit., págs. 84, 85, 86 y ss.).

¹⁴¹ Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino, por Antonio María Hernández. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino. - 1a ed. Córdoba: 2010

la Rep. Argentina hasta aquí”. Agregando: “Las cosas han hecho prevalecer el federalismo como regla del gobierno general. Pero la voz federación significa liga, unión, vínculo. Como liga, como unión, la federación puede ser más o menos estrecha. “Estando a la ley de los antecedentes y al imperio de la actualidad, la Rep. Argentina será y no podrá menos que ser un Estado Federativo, una República nacional, compuesta de varias provincias, a la vez independientes y subordinadas al gobierno general creado por ellas”. Por eso indica luego que “La idea de una unidad pura debe ser abandonada de buena fe, no por vía de concesión sino por convencimiento. Es un hermoso ideal de gobierno, pero en la actualidad de nuestro país, imposible en la práctica”. Y casi al concluir el capítulo: “La unidad no es el punto de partida, es el punto final de los gobiernos; la historia lo dice y la razón lo demuestra”.

De conformidad con los principios de la federación norteamericana, nuestro Estado preveía la coexistencia de distintos órdenes estatales y gubernamentales, el federal y los provinciales, con una distribución de competencias que otorga al primero solo las facultades delegadas en modo expreso o implícito, mientras que a las provincias les corresponden las facultades residuales, además de su propia autonomía en lo institucional (poder constituyente), político, financiero y administrativo.

Es loable señalar que en esta primera versión normativa del federalismo de 1853 se consagró un modelo más "centralizado" que el estadounidense, con notoria influencia del pensamiento de Alberdi, quien consideraba que la forma de Estado más adecuada para los países evolucionados era el régimen unitario. Así, se cristalizó una fórmula "mixta" de "federalismo unitario", que sin desconocer la potestad de las provincias de elegir sus propios gobernantes y reglar sus instituciones particulares, aceptaría la existencia de un poder central o suficientemente poderoso como para imponer la legislación de fondo y conducir la vida nacional e internacional sin trabas ni dificultades.

Una Constitución donde las competencias acordadas al gobierno central resultaban más importantes que las reservadas a las provincias: de este modo el gobierno central contaba con las facultades de revisar las constituciones provinciales, aprobar los tratados interprovinciales y de sancionar la legislación de fondo por parte del Congreso Nacional; intervenir los territorios provinciales por propia decisión y, por último, la competencia de los tribunales federales para resolver los conflictos interprovinciales.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

Lijphart, A. (2000). Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países. Barcelona: Ariel.

Hernández, Antonio M., en “La construcción del federalismo argentino: perspectivas comparadas”. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) Argentina, informe 2004. Autores varios, 1ª ed., PNUD, Bs. As, 2004.

Hernández, A. M. (2010). Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino. Aspectos jurídicos e institucionales del federalismo argentino (pp. 11-79). Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

Hernández, A. M. (2008). Los aspectos financieros y económicos del federalismo argentino. Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino (pp. 11-43). Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

Granato, L. (2015). Federalismo argentino y descentralización: sus implicancias para la formulación de políticas públicas. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 18, 36, 117-134. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/dere.937>

Frías, Pedro, El proceso federal argentino II, 1ª ed., Córdoba, El Copista, 1998.

Chiaramonte, J. C. (1993). El federalismo argentino en la primera mitad del siglo XIX. En: Carmagnani, M. (coord.). *Federalismos latinoamericanos: México/Brasil/Argentina* (pp. 81-132). México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino. - 1a ed. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, 2010. 325 p. ISBN 978-987-1123-63-6

Código Procesal Penal Federal. La prisión preventiva como última ratio

Por Anabella Pagotto Fuhr¹⁴²

a) Aproximación.

Con fecha 13 de noviembre de 2019, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal emitió la Resolución N° 2/19¹⁴³, mediante la cual dispuso la entrada en vigencia de los artículos 210, 221 y 222 de ese nuevo ordenamiento procesal, introduciendo uno de los temas más provechosos de este nuevo ordenamiento legal en todo el país: la regulación de las medidas cautelares.

Con la nueva incorporación, se evitaban las inquietudes entre las diferentes jurisdicciones en las que aún no se implementa el nuevo código, y consolidó la regla general que busca mantener en libertad a la persona humana durante la sustanciación del proceso, destacando el carácter excepcional y de última ratio de la prisión preventiva.

El nuevo Código Procesal Penal Federal¹⁴⁴ contiene tres normas especialmente aplicables a las medidas de coerción (arts. 15, 16 y 17) y además, el art. 209 restringe la posibilidad de disponerlas de oficio.

En cuanto al art. 15 del mencionado Código, éste establece claramente un fuerte principio en materia carcelaria, prohibiendo alojar a personas privadas de libertad en lugares no habilitados o que no reúnan las condiciones básicas de salubridad. Por otro lado, el art. 17 establece que las medidas restrictivas sólo podrán fundarse en la existencia de peligro real de fuga o entorpecimiento de la investigación; conectando así con el art. 16 en cuanto a que, toda restricción a derechos fundamentales debe ejercerse en base a principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

En este sentido podemos observar un claro reflejo de las Reglas de Mallorca¹⁴⁵ en el articulado, las cuales, en su principio decimosexto, consagran que “las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del proceso. Están destinadas,

¹⁴² Secretaria Delegada de Ejecución de la Cámara Federal de Casación Penal. Docente de Filosofía e Introducción al Derecho, y consiliaria del Consejo Superior de la UNPSJB. Egresada de la UNS. Especialista en Derecho Empresario y graduada de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación (Profamag)- Maestranda en Derecho de la UNS y Doctoranda de la UNC. Coordinadora y docente de cursos de extensión universitaria y posgrados de la UNPSJB. Y coordinadora regional de la Escuela Judicial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

¹⁴³ <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/221385/20191119>

¹⁴⁴ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>

¹⁴⁵ <http://cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.htm>

en particular, a garantizar la presencia del imputado, la adquisición y conservación de pruebas”, agregando, el punto subsiguiente, que se regirán “por el principio de proporcionalidad, considerando en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado”. Luego, como vigésima regla general y siendo lo más importante, se establece que “la prisión preventiva no tendrá carácter de pena anticipada y podrá ser acordada únicamente como ultima ratio. Sólo podrá ser decretada en los casos que se compruebe peligro concreto de fuga del imputado o de destrucción, desaparición o alteración de prueba.”

Es evidente que la Resolución 2/19 pretendía incorporar gradualmente los lineamientos del nuevo ordenamiento y, en honor a esa gradualidad, no incluyó el artículo 17 que consagra explícitamente la mencionada regla general, ni los arts. 15 y 16 del Código Procesal Penal que completan la tríada de disposiciones “principistas”. Por otro lado, tampoco lo hizo con el art. 209, que prohíbe al Juez ordenar la prisión preventiva de oficio. De esta manera, los operadores judiciales tendrían cierta “flexibilidad” para aplicar los nuevos preceptos, sin verse conminados a adaptarse tan repentinamente, pero sí preparándose para los posteriores cambios.

Entendemos que el espíritu final del legislador fue poner freno al excesivo uso de la prisión preventiva, que contribuye actualmente en gran medida a que el sistema penitenciario se encuentre en estado de emergencia dado tanto por la falta de cupos en las unidades penitenciarias, como así también, por las paupérrimas condiciones de salubridad en algunos casos.

Esta emergencia fue puesta en evidencia por el propio Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación con fecha 26 de marzo de 2019 mediante Resolución 2019-184-APN-MJ¹⁴⁶, donde argumentó que el Sistema Penitenciario Federal alojaba a internos por encima de su capacidad y proyectó un agravamiento de la situación entre los años 2019 a 2022 por los efectos de la aplicación de la Ley 27.375 -que modificó el régimen de progresividad en la ejecución de la pena privativa de la libertad- y de la Ley 27.272 -que estableció un nuevo procedimiento para los casos de flagrancia-.

El escenario descrito obliga a realizar un profundo y sincero diálogo interinstitucional que incluya a los tres poderes del estado, debiendo realizar cada uno los aportes necesarios para superar el hacinamiento de la población privada de su libertad y lograr así un mínimo de aceptabilidad de las condiciones de alojamiento, aprovechando

¹⁴⁶ <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/204115/20190326>

las nuevas herramientas del art. 210 del Código Procesal Penal Federal, incorporadas a todas las jurisdicciones a partir de la Resolución 2/19.

Dicho diálogo es vital para evitar que nuestro Estado incurra en responsabilidad internacional por no asegurar las condiciones dignas de detención que prevé nuestra Constitución Nacional en su art. 18 y los diferentes tratados internacionales con rango constitucional, tales como la “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre” (art. 5), la “Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.2) y el “Pacto Internacional de Derechos Humanos y Políticos” (arts. 7 y 10.1), que aseguran los derechos para las personas privadas de su libertad, los que en consecuencia se erigen en obligaciones para el Estado y que, en lo esencial, tienen por finalidad resguardar el “respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” para los reclusos o internos de un establecimiento penitenciario, excluyendo todo tipo de padecimiento físico, psíquico o moral durante todo el tiempo que subsista la privación de la libertad personal.

Este tema ha sido motivo de numerosos habeas corpus correctivos colectivos en los cuales se ha declarado que no es conveniente la continuidad del incumplimiento de normas de superior jerarquía, ni siquiera en épocas de emergencia.

b) Interinstitucionalidad.

No pasa inadvertido que las principales críticas vinculadas a la profunda crisis en la que se encuentra el sistema penitenciario siempre están dirigidas al Poder Judicial, y sin perjuicio de que tiene un rol preponderante, no es quien diseña las políticas criminales ni carcelarias y, ni mucho menos, definen la conveniencia pública del encerramiento de ciertos individuos. Sus funciones deben circunscribirse a su jurisdicción, sin excederse ni afectar las de otros poderes del Estado, debiendo evitar avanzar sobre sus facultades en pos de garantizar la armonía del ordenamiento en su conjunto. Aun así, su aporte puede ser muy significativo en pos de mitigar la situación de crisis actual y sobre ese punto volveremos más adelante.

No hay dudas de que la Resolución que motiva este trabajo, pretendió ser una herramienta diseñada por el Poder Legislativo para disminuir la aplicación de la prisión preventiva, pero al haber omitido la inclusión de los Art. 17 y 209 del Código Procesal Penal Federal, sus buenas intenciones quedaron completamente desnaturalizadas.

Independientemente que la Resolución incorporó pautas claras que no estaban presentes en el Código Procesal Penal de la Nación y limitó la discrecionalidad de los Jueces al momento de restringir la libertad individual de las personas sometidas a

procesos penales, lo cierto es que, si la resolución judicial se encuentra debidamente fundada en la existencia de un peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación, la aplicación de la prisión preventiva no recibe cuestionamientos.

Por otro lado, el Poder Ejecutivo ha realizado aportes tendientes a disminuir la población carcelaria, ello reflejado en la Resolución 2019-184-APN-MJ (que declaró la emergencia en materia penitenciaria por tres años) y en la Resolución 2022-436-APN-MJ¹⁴⁷ (que la prorrogó por dos años más), en cuyos textos puede percibirse la preocupación por relevar cuáles fueron los factores de política criminal y normativos que influyeron o causaron la situación de hacinamiento que vive la población hoy en día y la necesidad de dictar las medidas necesarias para mitigar el flagelo. En ese sentido, el propio Servicio Penitenciario Federal ha emitido el Boletín Normativo N° 785 por el cual se ha encomendado a la Dirección General de Régimen Correccional, al Instituto de Criminología y la Dirección de Criminología, la evaluación y propuesta de modificaciones de los programas de tratamiento aprobados bajo los lineamientos de la Resolución 1551/2015 de la Dirección Nacional, la cual busca que los nuevos programas de tratamiento tiendan a disminuir la reincidencia, promuevan el desistimiento del delito y atiendan a la seguridad pública, adecuando así el paradigma criminológico a los lineamientos de la Ley 24.660.

En cuanto al Poder Judicial, tal como fuera adelantado, puede realizar un aporte realmente significativo que es el que resulta de nuestro interés para este trabajo. Señalamos anteriormente que el Poder Legislativo y Ejecutivo han dictado normas y recomendaciones para mitigar la crisis, y son los Jueces quienes deben realizar una labor hermenéutica de esas normas para lograr superarla junto a todos los actores involucrados, haciendo un uso inteligente y apropiado de las mismas y de lo previsto en el art. 210 del Código Procesal Penal Federal, que establece un catálogo de medidas alternativas de coerción de menor a mayor gravedad que el juez debe ir evaluando para determinar cuál es la que mejor se aviene, en el caso concreto, para neutralizar los riesgos procesales. Si hay varias medidas idóneas debe escoger la menos gravosa e incluso puede combinarlas.

Hasta el 13 de noviembre de 2019 con la entrada en la vigencia de la Resolución 2/19, lo relativo a la materia de medidas cautelares estaba regido para los Magistrados por el art. 312 del Código Procesal Penal Nacional, que establece que se puede ordenar la prisión preventiva al dictar el auto de procesamiento sólo cuando el delito que se

¹⁴⁷ <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primer/261670/20220502>

atribuye prevé una pena privativa de la libertad en la que no es procedente una condena de ejecución condicional y además cuando exista peligro de fuga o entorpecimiento. Este artículo, junto al 319 del mismo Código (que establece las condiciones para la denegación de la excarcelación o exención de prisión) complementado por la doctrina del plenario 13 de la C.N.C.P. “Díaz Bessone” (2008), no suministraba a los Jueces pautas claras de cómo debía interpretarse la existencia de riesgos procesales, y eso desencadenó en la aplicación del instituto de la prisión preventiva de tantas formas diferentes como jueces hay.

Sumado a ello, nos encontramos con las decisiones adoptadas por los Tribunales dependientes de la Cámara Federal de Salta, cuyos Magistrados aplican actualmente en forma íntegra el Código Procesal Penal Federal y propician así el desencadenamiento de una fuerte crisis institucional, en la cual los imputados permanecen o no en libertad en función de la zona del país en la que se los juzgue o, lo que es peor, en función del criterio de cada Magistrado dentro de una misma jurisdicción.

Para mitigar el profundo desconcierto que genera ese abanico de pronunciamientos contradictorios vinculados a la aplicación de la prisión preventiva y evitar situaciones de profunda desigualdad, se dictó la Resolución 2/19. Esta dispuso la entrada en vigencia de los arts. 221 y 222 del Código de forma, precisando cuáles serán los dos elementos que deben analizarse para determinar si existe peligro de fuga o de entorpecimiento. En un principio se deberá valorar especialmente “el arraigo (determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto), las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la imposibilidad de condenación condicional, la constatación de detenciones previas, la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos, y el comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite; en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias permitan presumir que no se someterá a la persecución penal”.

Posteriormente, como segundo elemento, hay que considerar que “para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se deberá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado: a. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; b. Intentará asegurar el provecho del delito o la continuidad de su ejecución; c. Hostigará o amenazará a la víctima o a testigos; d. Influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se

comporten de manera desleal o reticente; e. Inducirá o determinará a otros a realizar tales comportamientos, aunque no los realizaren”.

Como puede apreciarse, el legislador ha enumerado claramente cuáles son las circunstancias a verificar durante el proceso para determinar que existe peligro de fuga, otorgando así a los Magistrados cierto respaldo ante la no aplicación de la prisión preventiva, respaldo que, por cierto, no tenían antes de noviembre de 2019.

Durante los primeros meses en los que rigió la nueva norma, fueron pocos los pronunciamientos judiciales que aplicaron la nueva doctrina procesal, ello debido a que no existían Resoluciones de los Ministerios Públicos que instruyeran a los órganos al respecto. En este escenario, sería cuestión de tiempo para que la nueva norma se transforme en letra muerta.

Tuvo que aparecer una pandemia para dar un giro a esa realidad, y así fue que comenzaron a emitirse recomendaciones por parte de algunos organismos locales e internacionales sobre la necesidad de llevar a cabo acciones para cumplir con el distanciamiento social obligatorio dentro de los centros de detención. De esta forma, los Magistrados se vieron obligados a aplicar las medidas alternativas a la prisión preventiva y, además, analizar si las personas que se encontraban encarceladas realmente debían permanecer allí.

En este sentido, la Excma. Cámara Federal de Casación Penal por Acordada 9/2020¹⁴⁸ expresó su preocupación por la situación de los internos ante la epidemia teniendo en cuenta las condiciones en las que se encontraban y por ese motivo emitió una serie de recomendaciones a los órganos bajo su jurisdicción para que adopten medidas alternativas al encierro.

A su turno, el Procurador General de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, emitió la Resolución N° 158/20¹⁴⁹, por la cual instruyó tanto a Defensores Oficiales como a Fiscales para que inmediatamente procedan a evaluar la conveniencia de las prisiones preventivas vigentes, a fin de razonar si éstas se podían morigerar o, en su caso, aplicar alguna alternativa menos severa.

No fue la primera vez que el Procurador provincial se pronunció a favor de descomprimir la población carcelaria, ya en el año 2019, mediante Resolución N°

¹⁴⁸ <https://www.cij.gov.ar/nota-37089-Acordada-9-20-de-la-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal.html>

¹⁴⁹ <https://www.mpba.gov.ar/files/content/PG%20158-20%20Resolucion%20Coronavirus-MPBA-Detenidos.pdf>

918/19¹⁵⁰, exhortó a los miembros del Ministerio Público Fiscal a que reevalúen las medidas de coerción cuando las condiciones de alojamiento puedan importar un trato cruel, inhumano o degradante, y además invitó a utilizar todas las medidas que impliquen templar la prisión preventiva y extremar los medios para controlar sus tiempos.

Esa Resolución se dictó en el mismo sentido que la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la cual sus Ministros expresaron su “preocupación” por la cantidad de detenidos que presentaba tanto el sistema penitenciario como las comisarías con motivo del uso abusivo en la utilización de la prisión preventiva, sumado a la desmedida duración de los procesos.

Como puede apreciarse en los párrafos que anteceden, todos los actores judiciales tomaron medidas urgentes que contribuyeron a una disminución de la población carcelaria, motivadas por las nefastas consecuencias que podría ocasionar el ingreso de un virus a los lugares de alojamiento superpoblados. Esas instrucciones por parte del Procurador General son necesarias para lograr que el uso de la prisión preventiva comience a disminuir.

Como puede advertirse de la simple lectura del art. 210 del Código Procesal Penal Federal, que ya rige desde noviembre de 2019, es el representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante quiénes podrán solicitar al Juez alguna de las diez medidas alternativas al encarcelamiento durante el proceso. En caso de no existir esos pedidos o requerimientos, es altamente probable que los jueces no intenten hacer uso de la herramienta, a sabiendas de que su decisión, a posteriori recibirá cuestionamientos por parte del titular de la acción penal, generando así un dispendio judicial innecesario por el sólo hecho de querer aplicar el nuevo precepto legal, sin la petición de parte.

El catálogo de medidas que podría requerir el Fiscal o la querella está compuesto por: “1. La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; 2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; 3. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; 4. La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; 5. La retención de documentos de viaje; 6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se

¹⁵⁰https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/1588/PG_n_918-19_Deja_sin_efecto_Resol_n__567-13_s._medidas_privativas_de_libertad.pdf

afecte el derecho de defensa; 7. El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado; 8. La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez; 9. La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; 10. El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga”.

Como puede apreciarse luego de sorteado el análisis de los arts. 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal, el ordenamiento jurídico provee de esas diez alternativas a la prisión preventiva cuya aplicación contribuiría enormemente a la superación de la superpoblación carcelaria tanto en unidades penitenciarias federales como en los lugares alternativos que se utilizan (como fuerzas de seguridad, comisarías o unidades penitenciarias provinciales), pero para ello es vital que exista un diálogo interinstitucional a fin de coordinar los esfuerzos y criterios, que resulta de muy difícil concreción.

Algunos precedentes de este tipo se vieron por ejemplo en Mendoza, también en épocas de inicio de la pandemia, cuando en fecha 14 de abril de 2020 se firmó un “Acuerdo institucional entre la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa la situación de las personas privadas de libertad en contexto de pandemia”¹⁵¹ donde, entre otros temas, se hicieron recomendaciones sobre la necesidad de considerar la viabilidad de medidas alternativas a la privación de la libertad, fijando criterios claros a considerar por todos.

En el ámbito de la Justicia Federal, el 8 de noviembre de 2021 en la ciudad de Posadas, Misiones, atendiendo a la cantidad de detenidos alojados fuera de las unidades federales y dependientes de esa jurisdicción, se realizó una “Mesa de diálogo para renovar lazos de articulación interinstitucional” de la que participaron autoridades de la Justicia Federal, Ministerios Públicos de la Defensa y Fiscalía, Procuración Penitenciaria, Fuerzas de Seguridad, Policía Federal, Policía de la provincia de Misiones, Procuración Penitenciaria, Servicio Penitenciario Federal, Comisión Provincial de Prevención de la Tortura y Dirección Nacional de Migraciones. En dicha mesa de diálogo se resaltó que todas las instituciones se encuentran trabajando sobre un mismo colectivo con competencias, cometidos y roles diferentes, pero todos con la misión de preservar las garantías constitucionales y los derechos humanos de las personas privadas de su libertad.

¹⁵¹ <https://drive.google.com/file/d/1WZqLW4KONn97ng3C076CeUezuuDv4VCW/view>

La principal idea de esas reuniones es la de trabajar en conjunto sin perder la identidad, la autonomía propia jurisdiccional y de competencia, generando una comunicación interinstitucional más fluida para evitar la generación de conflictos innecesarios, logrando de esta manera la solución más rápida y efectiva a las situaciones que se planteen. Se mencionó la competencia común de todas las instituciones participantes para petitionar en forma conjunta (ya sea al gobierno nacional o provincial) sobre cuestiones administrativas o de decisión netamente política, evitando de esta manera la judicialización innecesaria de temas. Como ejemplo, podemos mencionar la falta de cupo de alojamiento para personas privadas de su libertad en sitios federales, lo que conlleva el uso de lugares inapropiados que no están preparados ediliciamente, que no cuentan con los recursos humanos adecuados, y no disponen de la estructura para la resocialización de los detenidos ni el cumplimiento de las disposiciones de la ley 24.660 respecto al régimen de progresividad. Se destacó, entre otras cuestiones, que la temática de construcciones de Unidades Federales o Pabellones adicionales en las existentes es competencia exclusiva del Poder Político, ajeno al Servicio Penitenciario Federal y al Poder Judicial de la Nación.

Se establecieron prioridades comunes para los ingresos de los detenidos a las Unidades Federales a fin de afrontar de manera más eficiente y humana el tema de falta de cupos de alojamientos federales. Fundamentalmente se resaltó la necesidad de implementar medidas alternativas a la prisión preventiva como un gran paliativo a la situación de emergencia carcelaria que se está viviendo.

c) Conclusión.

Es innegable que el problema de la superpoblación carcelaria y la crisis que atraviesa el sistema es complejo, dinámico y multicausal, pero esa complejidad es la que obliga a todos a comprometernos con lograr una eficiente articulación interinstitucional entre las áreas de seguridad, justicia, poder ejecutivo y ministerios públicos, en procura de obtener los mejores resultados posibles en pos del cuidado y bienestar de la seguridad ciudadana. Para ello es vital que el Ministerio Público Fiscal emita Resoluciones por las que se recomiende al órgano el pedido de aplicación, en los casos que es posible, de las medidas previstas en el art. 210 del Código Procesal Penal Federal, distintas a la prisión preventiva.

Esas Resoluciones y las prontas acciones que se han tomado para mitigar la pandemia por COVID-19 son las que se requieren para superar la superpoblación

carcelaria, de fuerzas de seguridad y de comisarías, ya que la política criminal así lo demanda. Todos los actores debemos entender que la “pandemia” para quienes cumplimos funciones en materia de ejecución penal, son el “hacinamiento” y las “indignas condiciones de alojamiento” que sufre toda la población carcelaria, quienes viven en edificios de 1950 en algunos casos, cuyas construcciones ya han llegado al final de su vida útil y, aun así, continúan teniendo su capacidad al máximo.

Las líneas aéreas “low cost”. Su inserción en el mercado aeronáutico

Por Marcelo Nieto Di Biase¹⁵²

a) Introducción.

Si bien en nuestro país se comenzó a hablar en los últimos años de las líneas aéreas “low-cost”, o de bajo costo, el mismo es un sistema que opera con éxito a nivel internacional desde la década de 1990.

Son líneas aéreas que, siguiendo una estricta política comercial, brindan servicios con precios competitivos con una reducción de costos operativos, básicamente en cuanto al cobro diferenciado de servicios a los pasajeros, entre otros mecanismos de limitación de gastos.

Entre las aerolíneas más conocidas en el mundo se encuentran Ryanair; EasyJet; Norwegian; Jetblue; Vueling y Spirit Airlines, mientras que en el ámbito local se encuentran operando actualmente Flybondi; Jetsmart; Sky Airline y Arajet.

Mucho se discute en nuestro país respecto de la conveniencia de los servicios de dichas líneas aéreas, lo que cuenta con un importante ataque desde determinados sectores, afectando en definitiva a la competencia que debe regir en el mercado, e incluso limitando la posibilidad de que un mayor número de personas puedan acceder y disfrutar del medio aéreo para trasladarse a destino en pocas horas.

b) Definición.

Se conoce como líneas aéreas “low cost”, o de bajo costo, a aquellas empresas que brindan un servicio de traslado vía aérea con tarifas de pasajes mucho más económicas, en principio, respecto de las líneas aéreas convencionales.

La ecuación económica que realizan las empresas aéreas se basa en una reducción o eliminación de servicios adicionales a los pasajeros, los que en caso de ser requeridos deben ser abonados en forma independiente, buscando reducir con ello los gastos operativos y procurar la rentabilidad del negocio.

¹⁵² Abogado (UBA), profesor Adjunto de Derecho del Transporte, Navegación y Aeronáutico. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Especialista en Derecho Aeronáutico y Espacial por el Instituto Universitario Aeronáutico, Especialista en Derecho Penal por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Juez penal.

Para ello realizan las ventas de pasajes vía internet, sin intermediarios o asistencia de personal; poseen una flota con el mismo tipo de aeronave; como así también, operan hacia y desde aeropuertos alejados de las grandes ciudades (especialmente en Estados Unidos, Europa y Asia).

En cuanto al servicio a los pasajeros permiten solo un equipaje de mano en cabina; mientras que la posibilidad de llevar equipaje en bodega, seleccionar asientos y adquirir servicio de comidas y bebidas a bordo posee un costo adicional.

Dichos servicios adicionales pueden ser adquiridos al momento de obtener el billete de pasaje, por ejemplo, un equipaje adicional o especial; la selección de asientos o comidas y bebidas a bordo, o en su caso al momento del vuelo, claro está en este último caso a precios mucho más elevados.

A su vez, el check in previo al vuelo debe ser realizado vía internet por el pasajero, dado que de realizarlo en el aeropuerto tendrá un costo adicional, disminuyendo con ello los gastos en personal y de impresión por parte de las empresas.

c) Historia.

El primer antecedente relacionado con este tipo de compañías aéreas se asocia a la empresa Southwest Airlines, la que realizó su primer vuelo el 18 de junio de 1971 en la región de Texas, en Estados Unidos.

En Europa fue la empresa Ryanair, la que comenzó sus operaciones en Irlanda en el año 1985, con apoyo en la desregulación del mercado aéreo europeo, extendiendo rápidamente su actividad, con una flota moderna, siendo considerada una de las empresas más importantes de este segmento, logrando la expansión de ese mercado en el viejo continente, con el posterior nacimiento de otras empresas, entre ellas Easyjet.

En nuestro país, la empresa Flybondi realizó el primer vuelo “low cost”, el que se llevó a cabo el 26 de enero de 2018, con un vuelo desde la ciudad de Córdoba a Puerto Iguazú, ampliando con el correr de los años la cantidad de rutas aéreas, sosteniendo la empresa que fue la aerolínea argentina que, proporcionalmente, más creció en los últimos 20 años.

d) Reducción de costos y optimización de ganancias.

Como se adelantó, la característica central de estas líneas aéreas es la venta de pasajes a menor precio, a través de una disminución considerable de sus gastos operativos,

lo que genera una ventaja económica de aproximadamente el treinta por ciento respecto de las líneas aéreas convencionales.

Sin perjuicio de existir algunas diferencias entre dichas empresas, mayoritariamente entre las medidas tomadas por las líneas “low cost” con el fin de optimizar las ganancias, se encuentran:

d.1. Mayor cantidad de asientos.

Estas empresas, no poseen asientos diferenciados entre clase turista y ejecutiva, sino que cuenta con una sola categoría que le permite, incluso, colocar una mayor cantidad de butacas en las aeronaves.

Ello incide en la comodidad de los pasajeros, dado que se reducen los espacios entre las filas de asientos, como así también que los mismos se reclinan poco o directamente no pueden hacerlo, lo que puede afectar al usuario en casos de viajes largos.

Sin embargo, las empresas cobran un costo diferencial para elegir algunos de los asientos considerados “XL”, esto es aquellos que cuentan con un espacio mayor, entre una butaca y otra, como ser los que se encuentran próximos a las salidas de emergencias o a la primera fila.

d.2. Costo por equipaje en bodega y por servicios en vuelo.

Las empresas “low cost” solo permiten al pasajero transportar en cabina sin costo adicional un objeto personal reducido, el que mayormente no puede exceder de seis o diez kilogramos dependiendo de la aerolínea y si se trata de vuelos de cabotaje o internacionales. Luego, para el caso de que el usuario esté interesado en llevar un equipaje en bodega deberá abonar un costo adicional.

Del mismo modo, el servicio aéreo no incluye la posibilidad de acceder a comidas o bebidas sin cargo, todo lo cual tiene un costo que debe sumarse al billete de pasaje, lográndose con ello que las empresas reduzcan al mínimo el personal a bordo.

Esto último, es motivo de habituales quejas de los usuarios, por cuanto tratándose de una estricta medida de las empresas, se niega hasta el acceso a agua potable a los pasajeros, dado que de requerirlo se debe abonar un costo adicional.

De otro lado, las líneas aéreas permiten que los pasajeros puedan consumir sus propias comidas o bebidas que hayan llevado, debiendo tenerse presente que deben cumplirse previamente con los requisitos de seguridad en las terminales aeroportuarias.

A su vez, la selección de asientos posee, como cualquier otro servicio, un costo adicional, por lo que de pretender asegurarse la ubicación en la aeronave debe abonarse la tarifa correspondiente, del mismo modo de encontrarse interesado en adquirir asientos en aquellos sectores de la aeronave que poseen más espacio.

Se debe tener presente que todos los costos adicionales presentan diferencias sustanciales para el caso de contratarse al momento de realizar la reserva del pasaje o en caso de adquirirse en el momento previo al vuelo.

Es por ello que se aconseja al pasajero que en caso de prever llevar un equipaje en bodega, o volver a su lugar de origen con mayor equipaje que en el traslado de ida, abonar el costo del equipaje adicional al momento de realizar la compra del billete, dado que de hacerlo al momento previo al vuelo el costo se encarece en forma considerable, superando en muchos de los casos al propio pasaje de avión, lo que resulta muy común en Europa.

d.3. Venta de pasajes vía internet.

Las empresas adoptan la venta directa de pasajes a través de internet, sin la intervención de agencias o de “call centers”, reduciendo drásticamente los costos de personal.

Si bien actualmente también se utilizan mayormente las páginas de internet y aplicaciones para adquirir pasajes en las líneas aéreas convencionales, cierto es que las mismas cuentan con la posibilidad de adquirir los mismos vía telefónica; en las agencias de las mismas empresas o en las de turismo; siendo que incluso tienen habilitado un servicio de “call center” para reclamos y consultas.

Dichos costos no son asumidos por las líneas “low cost”, debiendo en todo caso completarse un formulario de reclamo en las páginas web de las empresas.

d.4. Menos tiempo en tierra.

Las empresas de este segmento también procuran obtener mayor rentabilidad acotando la permanencia de sus aeronaves en tierra, por cuanto el ahorro de tiempo se encuentra asociado a una mayor cantidad de horas de vuelo diarias por aeronave.

Esto lo realizan acelerando el proceso de ascenso y descenso de pasajeros, lo que se logra en gran parte por la limitación del equipaje que puede ser transportado a bordo, descongestionando con ello el ingreso a cabina de los pasajeros, como así también un menor tiempo de servicio de rampa, por la menor utilización de la bodega de carga de la aeronave.

d.5. Utilización de aeropuertos alternativos.

Otro de los aspectos destacados en este tipo de vuelos es que las líneas “low cost” llevan adelante sus operaciones desde aeropuertos alternativos o secundarios, los que poseen una menor cantidad de operaciones aéreas, ubicados habitualmente más lejos de las grandes ciudades.

En algunos casos esos aeropuertos subvencionan a las empresas con los costos de tasas aeroportuarias, a fin de fomentar el vuelo hacia esas terminales aéreas para atraer a turistas hacia esas ciudades, muchas veces desconocidas o poco frecuentadas por estar alejadas de los grandes centros urbanos.

Más allá de que ello no es habitual en Latinoamérica, por no contarse con un número importante de aeropuertos alternativos aptos para dichas operaciones aéreas, es muy común en Estados Unidos, Europa y Asia, lo que disminuye los costos por tener tasas aeroportuarias más económicas.

Por ejemplo, en el caso de Londres, las empresas “low cost” operan desde el aeropuerto de Gatwick, con gastos operativos menores.

Esto genera un doble beneficio para las empresas. A la reducción de costos por tasas se suma el menor tráfico aéreo en dichos aeropuertos, lo que permite acotar el tiempo de demora para el despegue; carga y salida de las aeronaves, favoreciendo a una mayor disponibilidad de horas de vuelo.

Incluso, en muchos casos, utilizan horarios con menor frecuencia de tráfico aéreo, en especial el nocturno, lo que permite un pago preferencial de las tasas aeroportuarias, que va de la mano en un menor tiempo de espera en cada aeropuerto.

Ello es un aspecto a tener en cuenta por el usuario, porque en muchos de los casos los aeropuertos utilizados se encuentran alejados de las ciudades, lo que ocasiona un incremento del tiempo y gasto en el transporte terrestre hasta el punto final de destino, lo que en determinados casos acota el beneficio que se procuró obtener en este tipo de vuelos.

En nuestro país se adaptó, en su oportunidad, la base aérea militar “El Palomar”, ubicada en el “Gran Buenos Aires”, a fin de que estas líneas aéreas pudieran operar con éxito. Sin embargo, las operaciones se suspendieron en la época de la pandemia y el aeropuerto no volvió a ser habilitado para este tipo de vuelos, disponiendo el gobierno que las aeronaves debían brindar sus servicios desde los aeropuertos de Aeroparque y Ezeiza.

d.6. Flota con el mismo tipo de aeronave.

Otro aspecto a destacar es que las empresas “low cost” buscan adquirir el mismo tipo de aeronave, en cuanto a marca y modelo, con el objeto de optimizar la instrucción del personal, por cuanto toda la tripulación y el personal de tierra se encuentra capacitado para el mismo tipo de aeronaves, a diferencia de las líneas convencionales que cuentan con distintos tipos de modelos y fabricantes, lo que requiere una actualización constante y diferenciada del personal.

Ello le genera a las líneas aéreas “low cost” menores costos de capacitación y de contratación de personal.

Por otra parte, si bien el costo de adquirir aeronaves más modernas es superior, la ecuación económica de las empresas permite proyectar las ganancias a futuro, en razón de un consumo de combustible más eficiente, sumado al ahorro que genera la compra e intercambio de repuestos para un mismo tipo de aeronave.

Por ejemplo, Ryanair cuenta con una flota de aeronaves Boeing 737, encontrándose en una etapa de expansión en los últimos años; mientras que en el ámbito local Flybondi cuenta en la actualidad con quince aeronaves Boeing 737-800 NG, con 189 asientos de única clase y Jetsmart utiliza para sus operaciones aeronaves Airbus A320.

d.7. Disminución de gastos en combustible.

Estas empresas buscan ahorrar en los costos de combustible de las operaciones aéreas, siendo uno de los principales costos operativos del servicio, procurando adquirir, como se dijo, aeronaves modernas que optimizan el consumo.

Para ello, buscan reducir todo tipo de carga superflua en la aeronave, como ser el caso de la empresa Northwest Airlineas que decidió no utilizar cucharas, reduciendo con ello el peso de los cubiertos, o aquellas que contratan más mujeres como asistentes, por cuanto generalmente pesan menos que los hombres.

Del mismo modo, con la reducción de la carga de equipaje en bodega se busca favorecer a ese menor consumo de combustible.

Otro aspecto asociado a este punto es que en mayor medida realizan vuelos cortos y sin escalas, para favorecer a la reducción de gastos de tasas aeroportuarias y tiempos “muertos” en los aeropuertos.

d.8. Venta a bordo.

Es muy común observar en los vuelos “low cost” publicidades de distintos productos y servicios, tanto en los portaequipajes; en los asientos; como en folletos colocados en los sobres de las butacas.

Con ello, las empresas promocionan la venta de comidas y bebidas a bordo, los que pueden ser adquiridos mediante pago en efectivo o con tarjetas de crédito, como así también la venta de otros productos, con solo ser requerido al personal de vuelo.

Así, pueden adquirirse perfumes; regalos; relojes; entre otros accesorios y objetos.

e) La seguridad del vuelo.

La seguridad aeronáutica viene de la mano de regulaciones nacionales e internacionales que exceden a la decisión empresarial, por cuanto resulta una falacia considerar que los vuelos de este tipo de empresas pueden ser menos seguros que los llevados a cabo por empresas tradicionales.

Todas las empresas aéreas deben cumplir los mismos estándares de seguridad operacional y poseen el mismo control de las autoridades aeronáuticas.

Cierto es que existió un caso particular como el ocurrido con la empresa aérea “Germanwings” el 24 de marzo de 2015, en el que una aeronave de esta empresa se estrelló, no por cuestiones técnicas, sino porque uno de los pilotos se encerró en la cabina y precipitó intencionalmente la aeronave a tierra, ocasionando la muerte de las 150 personas a bordo.

Ello, llevó a la cancelación de la operación de dicha empresa, siendo absorbidas sus rutas aéreas por la línea aérea Lufthansa.

Se debe tener presente que un accidente aéreo genera dos efectos económicos, uno directo asociado a los costos de las indemnizaciones, y uno indirecto asociado a la desconfianza de los pasajeros, lo que genera irremediablemente que las personas opten por comprar pasajes en otra línea aérea, con el consiguiente perjuicio económico y posterior cierre de actividades de la empresa.

Más aún, nótese que estas empresas no cuentan, básicamente, con subsidios de ningún tipo, por lo que los Estados dejan librada a su suerte a las mismas en casos de pérdida de competitividad, debiendo por tanto ser celosas en el control de la seguridad del vuelo.

Así, las empresas más importantes de Europa, como son Easyjet y Ryanair cuentan con un excelente historial en materia de seguridad aérea, superando a las empresas convencionales.

f) La “adaptación” de las líneas aéreas tradicionales.

De otro lado, las empresas aéreas tradicionales comenzaron a procurar una política de reducción de costos operativos.

Hace años que Aerolíneas Argentinas no ofrece, para vuelos locales, servicios de snack a bordo en clase turista, limitándose a un suministro de bebidas para vuelos que no superen las dos horas y media.

A su vez, la empresa vende pasajes denominados “Promocionales” en el que el pasajero solo puede llevar un equipaje en bodega que no puede exceder los 8 kilogramos en vuelo nacionales y 10 en los internacionales, por lo que si desea llevar un equipaje en bodega deberá abonar un pago adicional.

g) Conclusión.

Presentadas estas líneas, como primera conclusión se debe decir que los vuelos de las líneas “low cost” no son mejores o peores a los de las líneas aéreas tradicionales, sino que presentan particularidades que permiten tener otra opción de vuelo.

En caso de contarse con la opción de elegir entre una línea de bajo costo o una convencional se debe determinar el tipo de vuelo en cuanto su duración y el fin del mismo, esto es por turismo, evento especial, trabajo, etc.; las necesidades de cada uno de los pasajeros, en cuanto a comidas, bebidas y equipaje adicional; su disponibilidad económica y de horarios; los gastos por el traslado en tierra para el caso de que la aeronave aterrice en un aeropuerto secundario, entre otras variables.

Cierto es que si el usuario planifica el vuelo agregando los servicios adicionales, como ser de equipajes y comidas, puede abonar aproximadamente igual a un vuelo de una empresa convencional o superarlo en algunos casos, por lo que en este último caso deberá analizar si le resulta conveniente la hora y el lugar de llegada, según desde y hacia donde planifique el viaje.

En nuestro país, el lugar de partida y destino no presenta variaciones, por cuanto no se poseen suficientes aeropuertos que permitan a las empresas seleccionar lugares alternativos para disminuir costos, habiéndose explicado lo ocurrido con el aeropuerto de “El Palomar”.

Como aspectos positivos se debe considerar, en primer lugar, una mayor oferta de vuelos para la comunidad, máxime para el traslado en un país como el nuestro que posee largas extensiones.

En segundo lugar, permite al pasajero adquirir un pasaje acorde a su presupuesto y necesidades, por caso no abonar un pasaje más costoso si no necesita llevar un equipaje adicional.

Con el correr de los años se pudo comprobar que muchos jóvenes y personas, que por escasez de presupuesto no habían podido acceder al mercado aéreo, lograron probar esa experiencia por primera vez en su vida.

En definitiva, es una experiencia distinta que debe ser analizada en función de las necesidades y posibilidades de cada usuario, pero que requiere ser fomentada para permitir un mayor acceso al medio aéreo; fomentando el turismo y el desarrollo de nuestro país.

Legitimación del Estado de la Provincia del Chubut en la tutela judicial del ambiente

Por Juan Manuel Irusta¹⁵³

a) Introducción.

Este trabajo se propone analizar al Estado Provincial de Chubut, no solo como aquel que es custodio del medio ambiente, en su rol titular de las responsabilidades públicas constitucionales y convencionales, en su ejercicio protagonista de aquel Estado que es accionante en la tutela judicial del ambiente, por ende en su legitimación procesal en el marco del bloque jurídico que ofrece el profuso marco normativo comenzando por la Constitución Provincial, Nacional y demás normas que complementan nuestro régimen jurídico, irradiando los principios que rigen la materia. De este estudio podremos observar que herramientas procesales tienen el Estado de la Provincia de Chubut para ejercer esta legitimación en defensa del medio ambiente.

b) Las funciones del Estado en materia ambiental. Su legitimación para estar en juicio.

Desde la Declaración de Río sobre medio ambiente y el desarrollo, Principio 11, los estados se han obligado a promulgar leyes eficaces de medio ambiente, lo que implica también dictar normas administrativas que regulen las distintas actividades en orden a la preservación del ambiente¹⁵⁴.

¹⁵³Abogado Universidad de Belgrano- Especialista en Derecho Administrativo Económico – UCA-, egresado de la Carrera Docente – U.B.A.- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-, actualmente Doctorando en Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Ha sido Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNPSJB, y Rector de la Universidad del Chubut. Profesor concursado Asociado y Adjunto de las materias Derecho Administrativo y Derecho Comunitario y de la Integración. Ha sido Director de la Inspección General de Justicia, Asesor Letrado de Ente Autárquico Comodoro Conocimiento, Presidente del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Chubut, Secretario de Cámara por Concurso, Secretario de Juzgado por concurso. Entre otros cargos en la justicia. Actualmente es secretario Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNPSJB. Conjuez del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut. Titular del Estudio Irusta & Asociados. Ha sido autor de artículos referidos a su especialidad, y participado e invitado como disertante y coordinador de actividades talleres, curso y congresos de su especialidad Derecho Público.

¹⁵⁴ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo - La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, PRINCIPIO 11 “Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo”.

El bien por proteger no se restringe solo al ambiente, como el agua, aire, suelo, sino que a partir del reconocimiento constitucional – en su art. 41 – en la reforma constitucional de 1994, se amplió a los elementos naturales y culturales del ambiente dando un concepto mucho más extenso y completo.

Este proceso se profundizó con la sanción de la Ley General del Ambiente 25675, y a su vez las provincias asumieron, sus responsabilidades en orden a la emanación de normas reguladoras de los intereses difusos, desde ya en distintos grados y alcances legales, diríamos que un Estado que en los hechos realmente se ocupe del entorno debe asegurar tres pilares: información, participación y control¹⁵⁵.

Con la reforma constitucional del año 1994, la ley 25675 (Ley General del Ambiente), las leyes provinciales, decretos y ordenanzas municipales sobre la tutela jurídica del medio ambiente, fue adquiriendo definición y relevancia el Derecho Ambiental, enfocado en evitar el daño, en cuanto es muy difícil recomponer el ambiente una vez menoscabado, en tal sentido la prevención y precaución son verdaderos paradigmas del Derecho Ambiental.

En tal sentido la CSJN en fallo Mendoza “...en el daño ambiental y en la tutela del bien colectivo ambiente, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada, conforme a los mecanismos que la ley prevé y finalmente para el supuesto de daños irreversibles, el resarcimiento”¹⁵⁶.

Es claro que el Estado debe actuar, y los mecanismos de protección serán según el caso, preventivos o directos, mediante la participación procesal como actor o demandante ante un proceso judicial, requiriendo dentro de las pretensiones que engloba al interés público, distintas alternativas, que pueden variar desde la recomposición del ambiente como la indemnización, según corresponda.

En caso de daños ambientales colectivos, el Estado ha de poder actuar como actor o demandante, rol como sabemos que no es exclusivo, pues no es el único que puede actuar o puede ser legitimado activo. En este sentido la Constitución en la reforma del 1994 clarificó los actores que pueden involucrarse. Con la incorporación de los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional, observamos que no solo el medio ambiente es

¹⁵⁵ Dalmacio Andrada, Alejandro “El Estado como Legitimado Activo en la Defensa del Ambiente” en revista de Derecho de Daños 2011-1 Ed Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2011

¹⁵⁶ CSJN, 30-8-2006, “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros”, L.L. 2006-E-425.

reconocido como un derecho-deber, y se da concepción al ambiente, en función de los elementos que lo integran, tanto naturales como culturales, se reconoce la necesidad de una educación ambiental, relevando el carácter preventivo, y se procura la recomposición del ambiente, de donde emergen competencia del Estado sea en su carácter Municipal, Provincial y/o Nacional.

Así como toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, nosotros creemos que la norma habilita prerrogativas jurídicas de los habitantes, como así también determinadas obligaciones que implican además mandatos imperativos para los poderes públicos - indicación obligatoria de realización de determinadas políticas públicas-, operativizando finalmente su actuación en juicio por la vía de la acción de amparo que se regula en el artículo 43 del texto fundamental que, desde nuestra óptica, ha de ser amplia y comprensiva del habitante, el afectado y también quien ha recibido algún perjuicio directo y mensurable.

El artículo 43 citado establece quienes pueden interponer la acción de amparo, en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, señalando el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esa finalidad. En dicha interpretación, si bien no es explícito el art. 86 de la Constitución Nacional, sin dudas el Defensor del Pueblo está legitimado procesalmente para proteger el medio ambiente. Y como se indicó anteriormente, si las autoridades deben proveer a la protección al derecho a un ambiente sano, se concluye que el Estado posee legitimación para poder accionar judicialmente en defensa de ese derecho.

c) La Ley General del Ambiente. Ley 25.675.

Ahora bien, prestemos atención al artículo 30 de la Ley General del Ambiente en cuanto indica que: “Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

Este artículo viene a dejar atrás aquellas posturas restrictivas en la materia, vemos que también puede utilizar otras herramientas procesales, y la actuación estatal preventiva.

La LGA se refiere al daño ambiental de incidencia colectiva, en su artículo 27, in fine, allí se define al daño ambiental como “(...) toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos”. Esta interpretación se encuentra en línea con el alcance amplio otorgado al ambiente, por el Art. 41CN. Va de suyo que los bienes que pertenecen al ambiente pueden ser (...) tanto de dominio privado, como públicos, como *res nullius*. El aire por ejemplo es *res nullius*, el agua es de dominio público, pero por otra parte ambos forman parte del ambiente. Los elementos pueden pertenecer a ambas categorías, tanto a los bienes de dominio público como a los bienes sin dueño¹⁵⁷.

La LGA adopta el principio objetivo de responsabilidad en su artículo 28, regla ésta que debe ser concordada por el principio de responsabilidad que implica que “el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan”. Otro elemento relevante para destacar es el carácter colectivo del daño ambiental. Cabe señalar que en estos supuestos, la afección es expansiva. Los sujetos dañados constituyen una pluralidad sistémica de agraviados, en este marco puede hablarse de legitimación grupal para demandar¹⁵⁸.

Como bien nos precisa Esain, cada una de las formas procesales jurisdiccionales de protección del ambiente se presentan como diferentes en cuanto a la inmediatez de la tutela. En particular cuando una alteración, modificación, o violación de difícil probanza, requieren de un esfuerzo y pluralidad de actividades probatorias para llegar a la causalidad y determinar la responsabilidad por aquellas conductas lesivas en cabeza del demandado. Allí la solución es un proceso ordinario por daño ambiental, por su amplitud probatoria y bilateralidad, esta tutela sea mediata, menos expedita y menos

¹⁵⁷ Pelle, Walter D “Daño ambiental colectivo en la ley 25675 -ley general de medio ambiente. Doctrina Judicial Numero 2004-3 revista p.1205-1217 “Sostiene Walter Pelle en éste punto, que la reciente ley 25675, al conceptualizar en su art. 27 al daño ambiental de incidencia colectiva, en realidad se refiere al daño ambiental en su clase más pura o apropiada, reconociendo el derecho al ambiente a la comunidad toda, más allá del interés individual de cada sujeto”.

¹⁵⁸ Gozaíni, Osvaldo La legitimación ciudadana en materia de daño ambiental colectivo”, Suplemento Constitucional La ley, noviembre 2003, pp.73. Responsabilidad Ambiental, Editorial de Belgrano, BsAs. 1999).

urgente. Cuando estas alteraciones, modificaciones, o violaciones son manifiestas, merecen una solución rápida, expedita, urgente, para contener y restablecer la indemnidad del ambiente dañado, allí la vía procesal del amparo. Desde ya quedara margen para interponer la acción por recomposición en una vía ordinaria posterior¹⁵⁹.

En esta presentación queremos graficar que la legitimación en materia ambiental desde el marco constitucional y su integración con las disposiciones de la ley 25.675 LGA, sobre la base del art. 41 y 43 de la CN desde el art 30 se configura una acción específica de acción por cese del daño ambiental dentro de la vía del amparo que aborda dos aspectos complementarios a) La petición de cese del agente dañador y b) la petición de recomposición, ambas para proteger el bien jurídico protegido y considerado como un derecho humano al medio ambiente, frente al daño ambiental.

En este marco la LGA ha delineado presupuestos y principios que se harán operativos en estas vías procesales, que consideramos basales para hacer operativa toda tutela judicial en las diferentes jurisdicciones.

d) Presupuestos y Principios.

Este aspecto es de gran relevancia para la interpretación, análisis y comprensión de la cuestión ambiental en el ámbito provincial, pues el alcance de la LGA contiene presupuestos mínimos generales para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sostenible, y establece un marco general sobre información y participación en asuntos ambientales, la responsabilidad por daño ambiental y la educación ambiental, estos presupuestos y principios tienen una clara incidencia sobre la jurisdicción local como veremos.

En tal sentido la distribución de competencia legislativa entre la Nación y las provincias (arts. 75 inc. 12 y 121 CN), estaría orientada a lograr una más equilibrada y homogénea tutela ambiental en las distintas provincias argentinas a partir de la determinación de niveles mínimos de protección uniforme o común en todo el territorio, a lo que contribuye la política ambiental de concertación prevista en la LGA como bien

¹⁵⁹ Esain, José “El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva” Revista Doctrina Judicial, año XXII, nro 18, 3.5.06 pp1.

señala Claudia B. Sbdar, por lo que en este aspecto profundizaremos en el marco de referencia para lo que observemos en nuestra Provincia del Chubut ¹⁶⁰.

Consideramos que la Ley General del Ambiente impulsa bajo el manto de la Constitución Nacional, normas sustantivas y procesales, configurándose, así como "principios ordenatorios" de derecho ambiental.

La ley establece los siguientes principios: de prevención, el de precaución, el de sustentabilidad, el principio de equidad intergeneracional, el principio de progresividad, principio de responsabilidad, los principios de congruencia, subsidiariedad, solidaridad y cooperación.

d.1. Principio de Prevención.

Contenido el artículo 4 de la LGA, el más importante de los deberes en materia ambiental, en virtud que el bien jurídico ambiental protegido es un bien sensiblemente agotable, por ello la prioridad que los arts. 41 CN y 28 y 30 de la LGA otorgan a la prevención y a la recomposición del ambiente dañado, resultando la indemnización siempre subsidiaria para aquellos casos que no fuere técnicamente posible la recomposición. La evaluación de impacto ambiental, expresada normativamente en el art. 11 de la LGA, es un procedimiento administrativo por el cual se identifican, predicen, interpretan, evalúan y comunican los impactos de una acción, actividad, proyecto, obra o emprendimiento, que tiene como fin evitar y prevenir afectaciones negativas al ambiente y a las personas, y concluye en un acto administrativo, al que se suele denominar 'declaración de impacto ambiental' (DIA), en el que el poder público aprueba o rechaza un proyecto, emprendimiento o actividad. Este procedimiento está estrechamente vinculado con el principio de prevención, y lo veremos replicado en las distintas legislaciones locales ¹⁶¹. El Código Ambiental de la Provincia del Chubut lo tiene previsto en el art. 30 y cc de la Ley XI – N°35.

¹⁶⁰ Sbdar, Claudia B., "Legitimación procesal para reclamar cese de la actividad dañosa y recomposición del daño ambiental", RDA N° 14, abril - junio 2008, Lexis Nexis, p. 46.

¹⁶¹ La CSJN en el marco de un amparo contra explotaciones mineras en la provincia de Catamarca sostuvo que "en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro. La realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo., realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana", fallo "Martínez". En el caso "Mamani", en relación a bosques nativos de Jujuy, determinó que una aprobación condicionada de la obra con "sugerencias o recomendaciones" no cumple con los presupuestos de la LGA, la CSJN señaló que: "...en oportunidad de fallar el caso "Mendoza" (Fallos: 329:2316), que en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro.

d.2. Principio de Precaución.

También contenido en el artículo 4 de la LGA “Cuando haya peligro de daño o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. La CSJN lo ha definido como "un principio jurídico de derecho sustantivo, de tal modo, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego". La precaución, a diferencia de la prevención, requiere de la existencia de peligro de que se produzca un daño grave o irreversible y también incertidumbre científica acerca de que ese daño pueda tener lugar, situación que no podrá impedir la adopción de medidas eficaces para evitar la degradación del ambiente y debe concretarse siempre bajo el imperio de la regla de la proporcionalidad entre el costo económico social y la medida a adoptar¹⁶².

d.3. El principio de sustentabilidad.

El principio de desarrollo sostenible en el art. 41 CN lo reproduce cuando refiere al derecho a un ambiente "apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras". A partir de la reforma de 1994 "hay un nuevo sujeto de derecho colectivo protegido: las generaciones futuras". La LGA expresa: "El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras"¹⁶³.

¹⁶² CSJN "Salas, Dino" realizó aplicación expresa del principio precautorio, suspendió la tala de bosques nativos en la Provincia de Salta (reclamo de la comunidad Wichi) hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo, pero siempre en la búsqueda del equilibrio entre el desarrollo y el proteccionismo: "La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable.

¹⁶³ El Máximo Tribunal nacional dijo: "Si la acción de amparo ambiental promovida está destinada a impedir el comienzo de la construcción de dos represas localizadas en la provincia demandada, e involucra trabajos de una magnitud considerable, con gran potencialidad para modificar el ecosistema de toda la zona, se requiere medir adecuadamente sus consecuencias teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras, por lo que se hace necesario asegurar la sustentabilidad del desarrollo que se emprende y en consecuencia, el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado" (conf CS "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia vs. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental" 26/04/2016, Fallos 339:515).

d.4. El principio de equidad intergeneracional.

Este principio contenido en el art. 4 de la LGA, tiene raíces constitucionales en el art. 41 de la CN que dispone "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". Este principio reviste real importancia, atento que las personas que son adultas en la primera mitad del siglo XXI están adoptando decisiones que impactarán seriamente en el modo de vida de quienes vivan en la segunda mitad del siglo o en el siguiente¹⁶⁴. Es trascendental dar una legitimación a las generaciones futuras en los procesos judiciales.

d.5. El principio de progresividad.

La LGA delimita el principio de progresividad de la siguiente manera: "los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos". El principio de progresividad debe interpretarse juntamente con el denominado principio de "no regresión", subrayando la necesidad de no retroceder en la tutela legal lograda con respecto a los derechos ambientales. El corolario del principio de no regresión es el principio de progresividad¹⁶⁵.

d.6. El principio de responsabilidad.

Este principio encuentra sustento constitucional en la obligación prioritaria de recomponer, art. 41 CN. La LGA dispone "el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan".

El régimen de responsabilidad dispuesto sustancialmente en los artículos 27 a 31 de la LGA, establece las normas que regirán en caso de la producción de un daño ambiental. La lesión al bien ambiental colectivo habilita acciones colectivas¹⁶⁶. En el proceso

¹⁶⁴ Lorenzetti, Ricardo L. "La nueva ley ambiental argentina", La Ley, AR/DOC/2936/2007.

¹⁶⁵ CSJN en "Salas Dino", refiriéndose tangencialmente a la progresividad, que el principio precautorio "implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable, por lo que no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino, por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras".

¹⁶⁶ La CSJN en el fallo "Mendoza" obligó a las autoridades públicas a dar respuesta a una situación crítica desde el punto de vista socioeconómico en torno la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo,

ambiental hay dos tipos de pretensiones: una de tipo colectivo que procura el cese del daño, o bien, la recomposición del ambiente dañado y que puede ser promovida por cualquier integrante de la comunidad o colectividad perjudicado en ese derecho difuso o supraindividual y la pretensión indemnizatoria o de resarcimiento de los daños en el que el interés se particulariza en la medida del daño individualmente sufrido¹⁶⁷.

d.7. Los principios de congruencia, subsidiariedad, solidaridad y cooperación.

El principio de congruencia se encuentra consagrado de la siguiente manera: "La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, este prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga". Tiene especial relevancia normativa al disponer que en caso de conflicto entre la legislación municipal o provincial y la LGA prevalecerán los principios y reglas protectorias de esta última¹⁶⁸.

Este principio encuentra fuerte vinculación con el principio de integración, en la LGA art. 5º, de la siguiente forma: "Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley".

Se relaciona con el principio de Subsidiariedad, que la LGA formula así: "El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales".

Se vincula con el principio de Solidaridad: "La Nación y los Estados Provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos".

Estos principios de la LGA están inspirados en el federalismo de concertación. Cabe recordar el caso "Barrick", en donde la CSJN sostuvo que la Constitución Nacional prevé

determinó la responsabilidad del Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y CABA en materia de prevención y recomposición del daño ambiental existente en la Cuenca, y dispuso una serie de medidas de cumplimiento obligatorio a fin de recomponer el ambiente y prevenir daños, asimismo indico en este proceso relativo a la reparación del daño continuará ante esta Corte, puesto que no se refiere al futuro, sino a la atribución de responsabilidades patrimoniales derivadas de conductas adoptadas en el pasado"

¹⁶⁷ Morello Augusto M – Sbdar Claudia "Teoría y realidad de la tutela jurídica del ambiente", La ley AR/DOC/ 2936/2007.

¹⁶⁸ Consagrado también en el ámbito regional supranacional en el art. 1º del Tratado de Asunción del Mercosur.

que la protección del ambiente es una tarea conjunta del Estado Nacional y de las provincias¹⁶⁹. El poder delegado a la Nación por las provincias de establecer los presupuestos mínimos ambientales no constituye una mera declaración teórica (Fallos: 329:2975), sino que el Estado Nacional recibió la facultad de instrumentar mediante ese tipo de leyes los medios para lograr el fin constitucional de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano (art.41)^{170 -171}.

Todos estos principios, comenzando por el principio preventivo y a su par el precautorio, obligan al operador jurídico metodológicamente a priorizar el análisis en la etapa previa al daño, operando sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, tratando de impedir la consumación del daño ambiental, como el de sustentabilidad, el principio de equidad intergeneracional, el principio de progresividad, principio de responsabilidad, los principios de congruencia, subsidiariedad, solidaridad y cooperación, integran la política ambiental de nuestro país y orientan a las provincias y demás jurisdicciones.

c) El Caso en Chubut.

La Provincia del Chubut tiene un amplio plexo jurídico en materia de medio ambiente, como veremos desde la Constitución Provincial, hacia la regulación de un Código Ambiental Provincial, Ley XI-Nº 35 (Antes Ley 5.439), avanzando por muy diversa legislación sobre ciertas áreas¹⁷².

Constitución Provincial: Comenzamos con la referencia del Preámbulo “Nosotros, representantes del pueblo de la Provincia del Chubut, reunidos en Convención Constituyente a fin de reformar la Constitución de 1957,...resguardar nuestro patrimonio cultural y natural...ordenamos, decretamos y promulgamos esta Constitución para la Provincia del Chubut”.

En toda la estructura de la Constitución Provincial vemos una amplia recepción del cuidado y protección del medio ambiente, configurando una agenda de la Política de

¹⁶⁹ CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas sa y otor c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad 04/06/2019, Fallos 342:917

¹⁷⁰ En "Barrick", con su decisión, la Corte "adoptó una medida que, no por parecer sencilla deja de ser importante para la protección ambiental, ya que hizo que una ley recobre plena vigencia, y logró un avance en lo que en algunas ocasiones pueda parecernos 'la utopía de un ambiente sostenible'" (125).

¹⁷¹ Ver caso Río Atuel, la Corte indicó la importancia de conjugar la "territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino)".

¹⁷² Ver <https://digesto.legislaturadelchubut.gob.ar/RAMA11xT.htm>.

Estado Provincial, referencias principios orientadores e implementación de herramientas procesales.

En la Parte Primera, Declaraciones, Derechos, Garantías, Deberes y Políticas del Estado, en la Sección II Derechos, su art.18 describe los derechos y garantías reconocidos, señala en especial algunos de ellos, ej...inc.9 A acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus derechos., sin perjuicio del art. 19 Derecho no enumerados.

En la Sección III Garantías, regula la figura del amparo en su art. 54, y respecto de Derechos Difusos en el art. 57, figuras que puede utilizar el Estado Provincial.

En la Sección IV Deberes en su art 66...todas la personas en la Provincia tienen los siguientes deberes: "...inc. 3 Resguardar y proteger el patrimonio cultural y natural de la Nación, la Provincia y los municipios... inc. 7 Evitar la contaminación ambiental y participar en la defensa ecológica...inc. 10 Procurar producir por lo menos lo que consumen...".

En este mismo capítulo existen referencias en el art. 72, se especifica como principio el controlar los factores sociobiológicos y ambientales a fin de reducir los riesgos de enfermedad, inc. 6°; en materia de turismo, el art. 86 impone al Estado preservar la calidad del medio ambiente.

En el Título II "Políticas de Estado" y en el Capítulo IV referido a régimen Financiero. Recursos Naturales: renta y distribución: Es relevante el art. 91 que dispone "El Estado regula la explotación racional de los recursos naturales y la equitativa distribución de su renta. Instrumenta políticas que posibilitan alternativas de producción en casos de agotamiento del recurso o cambios que no han oportuna su explotación".

En el capítulo V Recursos Naturales: en el art. 99 vamos a ver este Estado Provincial titular y que ejerce sobre ellos su potestad, sobre ellos también se sustenta la legitimación para su custodia, "El Estado ejerce el dominio originario y eminente sobre los recursos naturales renovables y no renovables, migratorios o no, que se encuentran en su territorio y su mar, ejerciendo el control ambiental sobre ellos. Promueve el aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo, conservación, restauración o sustitución."

En este capítulo se desagregan: Tierra Artículo 100, Agua Artículo 101, Minerales e hidrocarburos Artículo 102, Minerales radioactivos Artículo 103, Fauna y flora Artículo 104, Bosques Artículo 105, Parques y zonas de reserva. Artículo 106, Pesqueros y subacuáticos Artículo 107, Recursos energéticos Artículo 108.

Respecto del Medio Ambiente, la participación del Estado Provincial y en nuestra consideración su aptitud procesal mediante este marco constitucional, es plausible para actuar en tutela del ambiente. Observamos que muchos de los principios orientadores que en su totalidad germinaron de convenciones y declaraciones internacionales, tuvieron su recepción constitucional nacional y local y en el orden legal en las diferentes jurisdicciones, que implican la necesaria participación del Estado, si es necesario ante acciones judiciales, sea en acciones preventivas o precautorias, sea en acciones de responsabilidad por daño.

Creemos conveniente recordar que ya las Provincias habían avanzado sobre la cuestión con anterioridad a la Carta Nacional en 1994, admitiendo la legitimación activa "amplia" del habitante para la conservación del ambiente.

En la Constitución de Chubut en el Capítulo VI Medio ambiente. Integridad: art. 109 dispone "Toda persona tienen derecho a un medio ambiente sano que asegure la dignidad de su vida y su bienestar y el deber de su conservación en defensa del interés común. El Estado preserva la integridad y diversidad natural y cultural del medio, resguarda su equilibrio y garantiza su protección y mejoramiento en pos del desarrollo humano sin comprometer a las generaciones futuras. Dicta legislación destinada a prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, impone las sanciones correspondientes y exige la reparación de los daños".

En este contexto el poder delegado a la Nación por las provincias de establecer los presupuestos mínimos ambientales mediante la legislación local, el art 41 CN es norma preeminente para la interpretación de la disposición provincial: "Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales"¹⁷³. Es aquí donde se debe conjugar la concertación federal entre autoridades políticas nacionales y provinciales, entrando en vigencia aquellos principios de congruencia, subsidiariedad, solidaridad y cooperación.

d) Vías procesales.

Las herramientas procesales que tiene el Estado Provincial, en principio recordando aquella distinción si es necesario un marco probatorio amplio es indicada una acción de

¹⁷³ Heredia, José Raúl, Derecho Constitucional Provincial, La Reforma en la Provincia del Chubut, 2da Edición Rubinzal -Culzoni Editores, Santa Fe 2019.

conocimiento u ordinaria, y en el caso que existan elementos notorios o manifiestos que requieran de urgente intervención, prevención o solución, esa acción será el amparo, del cual el Estado puede enarbolar como parte actora.

Estas herramientas a nivel provincial emergen en un caso, Derechos difusos Art. 57 CCh, para el caso de acciones de impacto colectivo y pueden encausarse mediante el Amparo ambiental Art. 111 CCh. de la letra de ambas disposiciones se admite al Estado como legitimado, aunque en el art. 57 refiera a “toda persona” referido a acciones colectivas y el art 111 referido acciones preventivas o precautorias “Todo habitante...”. La Constitución Nacional en su art. 43 habla de derechos de incidencia colectiva en general, nuestro art. 57, señala Heredia, que la amplitud de legitimación que admite esta disposición, que la concede a toda persona, a diferencia del art. 43 de la CN que enumera limitativamente: el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones – registradas que propendan a esos fines – protección contra cualquier forma de discriminación, del ambiente, de la competencia, del usuario y consumidor, así como de los derechos de incidencia colectiva en general- , y cumplan las condiciones establecida en la ley.

En aquella potestad reguladora, la Provincia del Chubut sanciona su propio Código Ambiental Ley XI - Nº 35 (Antes Ley 5439) que como veremos expresamente legítima al Estado Provincial.

Esta normativa tiene la necesidad que exista un acuerdo jurisdiccional – Pacto Federal Ambiental - que otorgue eficiencia a la multiplicidad de normas dictadas en varias provincias, acaso excediendo sus facultades en materia de transporte de materias consideradas tóxicas o peligrosas, “el ambiente es responsabilidad original del titular de la jurisdicción, no del titular del dominio, porque la jurisdicción se ejerce sobre las relaciones entre las cosas y el ambiente; es una relación entre el entorno natural y el creado por el hombre”; los problemas ambientales divisibles jurisdiccionalmente son competencia de la autoridad local, a la vez autoridad normal de ejecución”, “por la interdependencia del ambiente y la movilidad de los factores degradantes, toda situación de deterioro puede llegar a comprometer los poderes concurrentes del gobierno federal en “lo conducente a la prosperidad del país, a adelanto y bienestar de todas la provincias” (art. 67 inc.16 CN hoy 75 inc18) y hacer legítimo y necesario su concurso, con la posible exclusión de la autoridad local en caso de incompatibilidad”, “el problema ambiental puede concernir a más de una jurisdicción administrativa o política, en la variable combinación de municipios, provincias y Estado nacional”, “el marco político y legal y

la naturaleza del derecho ambiental aconsejan asumir una legislación común, instrumentada por un tratado entre el gobierno nacional y todas las provincias argentinas.

Código Ambiental. Establece para el ejercicio de protección o reparación ambiental un proceso sumarísimo, especificando en el art. 155 para la protección de los derechos e intereses de incidencia colectiva y el amparo ambiental se puede utilizar la vía del amparo provincial conforme su regulación

Legitimación. Este código establece expresamente que el Estado Provincial, los Municipio, comunas, o el Ministerio Publico Fiscal, Defensor del Pueblo o entidades legalmente constituidas, pueden ejercer e impulsar estas acciones establecidas en la ley. No ofrece dudas esta legislación a diferencia de la normativa nacional, aquí se legitima al Estado Local para ser parte accionante.

Ámbitos. Esta acción de amparo puede contener acciones preventivas en las cuales se dan una enunciación de acciones en tal sentido o puede consistir en medidas reparatorias.

Estas disposiciones legales, en nuestro criterio, no limitan como vimos en el desarrollo del trabajo, la posibilidad del Estado Provincial de iniciar acciones ordinarias cuando requiera mayor amplitud de debate y prueba, o requerir medidas cautelares, medidas de prueba anticipadas, o acciones declarativas. Ello dependerá las circunstancias del caso, se trate de una acción de carácter preventiva, o en su caso precautoria, o se trate de una acción de recomposición, o en última instancia de responsabilidad

Casos. Respecto de causas en las cuales el Estado de la Provincia fue accionante, podemos citar: CSJN “Chubut, Provincia del c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ prueba anticipada” C. 622. XLVI. Originario, 18/10/2011 resolvió que rechazar el pedido de prueba anticipada, reafirmo su competencia originaria, e indico que podría la Provincia del Chubut, en el caso, y si consideraba que tenía elementos convincentes, utilizar la acción del art. 30 de la ley, tercer párrafo, de la ley 25675. Es decir la CSJN envía a la LGA la utilización de la acción que entendemos seria preventiva.

Otro caso de relevancia fue la acción penal por el derrame de Caleta Córdova en Comodoro Rivadavia que promovió acciones penales contra el buque armador Termap.

También tuvo oportunidad la Provincia del Chubut de iniciar acciones judiciales para la remoción de un buque varado en el lecho de rio Chubut. (La embarcación se hundió en agosto de 2016 y la empresa marplatense propietaria no cumplió con las tareas de reflotamiento y traslado. Denunciarán la posible comisión de un delito ambiental)

e) Conclusiones.

A diferencia de las dudas que a nivel nacional ofrece el plexo jurídico constitucional y reglamentario, la Legitimación del Estado de la Provincia del Chubut en la tutela judicial del ambiente, no permite interpretaciones ambiguas por la determinación expresa del Código Ambiental, integrado con la normativa constitucional y la amplitud legislativa en la materia de medio ambiente, esta herramienta debe ser protagonista de los tiempos que corren, incluso sin restringirse a la herramientas procesales expresas, como el amparo ambiental, ello pues se requiere de intervención y audacia frente a un innegable cambio climático y alteraciones ecológicas que ya demuestran el impacto disvalioso y la falta de cuidado sobre el medio ambiente en la provincia del Chubut, con amplios y reconocidos recursos naturales y culturales, la afectación se vislumbra acelerada, y la falta de intervención produce y producirá un medio ambiente dañado que reciben las nuevas y futuras generaciones, el Estado puede y debe tutelar el Medio Ambiente.

nuestro ordenamiento jurídico: ¿De qué estamos hablando? ¿Bienes? ¿Cosas? ¿Qué dice el Código Civil y Comercial al respecto?

Al hablar de estos institutos jurídicos de la propiedad intelectual, nos estamos refiriendo a bienes inmateriales, ya que lo que se otorga es un derecho sobre un bien inmaterial. No sobre la cosa en sí. Sobre la “cosa” producto de protección, aprehensible o física, se estará a la protección brindada por el derecho de propiedad sobre las cosas, pero respecto de la inmaterialidad sobre el universo jurídico de derechos que posee alguno de estos institutos, si bien no están definidos, están de algún modo previstos en el siguiente articulado del Código Civil y Comercial recientemente modificado:

En el capítulo 4, que habla de “Bienes y Cosas” “Artículo 15.- Titularidad de derechos. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código. Y expresamente en el artículo siguiente ¹⁷⁶ se refiere a que la titularidad sobre bienes susceptibles de valor económico. Estos bienes “susceptibles de valor económico son los denominados “bienes inmateriales” integrados por los distintos derechos de Propiedad Intelectual que se introducirán en el presente artículo.

c) La Propiedad Intelectual como sinónimo de derechos de autor.

La propiedad intelectual como sinónimo de derechos de autor se encuentra regulada por la Ley Nº 11.723 sancionada en 1933, protege todas aquellas creaciones del intelecto que se encuentran enumeradas en el artículo 1º: “las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujos, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y discos fonográficos, en fin: toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción.” Asimismo, y en concordancia con el artículo 17 de la Constitución Nacional que establece: “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley (...)”, en su artículo segundo

¹⁷⁶ Artículo 16.- Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

establece que: “El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma”.

También la Constitución de la Provincia del Chubut, prevé en su artículo 20: “La propiedad privada es inviolable. Tiene también una función social y está sometida a las obligaciones que establece la ley con fines de bien común. (...). Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerda la ley”.

En materia de derechos de autor, el derecho nace con la creación, todos somos autores en potencia, y todos tenemos derecho sobre nuestras creaciones intelectuales. Lo que protegen las normas es la apropiación indebida (plagio) de obras intelectuales que se hayan materializado de alguna manera.

Las obras intelectuales pueden protegerse ya sea como obras inéditas u obras editadas (o publicadas). Si bien el derecho nace con la creación, lo que se protege por la vía de derechos de autor es la expresión formal de una idea. Las ideas en sí que no se hayan materializado no son protegibles.

Para poder ejercer los derechos de autor frente a la apropiación indebida de terceros, la norma prescribe que deben registrarse. En la república Argentina, ese registro se realiza ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor¹⁷⁷. Dependerá del tipo de creación de que se trate, para establecer el término de protección. Por ejemplo, en las obras literarias, la protección se extiende durante la vida del autor y hasta 70 años luego de su muerte para sus derechohabientes¹⁷⁸.

Los derechos de autor pueden clasificarse en derechos morales (personalísimos: de paternidad e integridad de la obra) y derechos patrimoniales (todas aquellas formas de explotación de una obra intelectual¹⁷⁹).

¹⁷⁷ <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechodeautor>

¹⁷⁸ Art. 5 Ley 11.723: “La propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos o derechohabientes hasta setenta años contados a partir del 1 de Enero del año siguiente al de la muerte del autor.

En los casos de obras en colaboración, este término comenzará a contarse desde el 1 de Enero del año siguiente al de la muerte del último colaborador. Para las obras póstumas, el término de setenta años empezará a correr a partir del 1 de Enero del año siguiente al de la muerte del autor.

En caso de que un autor falleciere sin dejar herederos, y se declarase vacante su herencia, los derechos que a aquél correspondiesen sobre sus obras pasarán al Estado por todo el término de Ley, sin perjuicio de los derechos de terceros”.

¹⁷⁹ <https://cerlalc.org/recomendaciones-para-autores/los-derechos-patrimoniales/>

Los instrumentos jurídicos para gestionar este tipo de derechos de autor pueden ser o bien las cesiones de derechos o bien las licencias: autorizaciones de uso.

d) Otros instrumentos jurídicos: La Propiedad Industrial.

La Propiedad industrial, integra el concepto general de creaciones del intelecto, e incluye a las invenciones patentables y los modelos de utilidad, las marcas, los modelos y diseños industriales, las indicaciones geográficas, las nuevas variedades vegetales, etc.

Todas aquellas creaciones intelectuales a las cuales se les otorgue un derecho por la vía legal. A diferencia de los derechos de autor, para los cuales el derecho nace con la creación, los derechos de Propiedad Industrial, son otorgados por alguna autoridad administrativa.

En la Argentina, los distintos organismos que otorgan o bien reconocen derechos de propiedad industrial son: El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI)¹⁸⁰, en el cual se registran las marcas, patentes, modelos de utilidad, modelos industriales; el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca ¹⁸¹, donde se presentan para su reconocimiento las indicaciones geográficas y denominaciones de origen de carácter agrícola y agro alimentario previstas en la Ley N° 25.380, o bien las Indicaciones geográficas y denominaciones de origen en materia vitivinícola reconocidas por Ley N° 25.163; también se reconocen como dentro del ámbito de la Propiedad Industrial las variedades vegetales previstas por la Ley N° 24.376 que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico los tratados UPOV 1976 ¹⁸²; Asimismo se contemplan en este régimen los nombres de dominio ¹⁸³, que se registran ante el organismo Nic.ar, dependiente de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación.

e) Patentes de Invención y Modelos de Utilidad.

Cuando hablamos de creaciones del intelecto patentables, nos referimos a aquellas invenciones definidas en la Ley N° 24.481 y sus modificaciones, que prevén a todas

¹⁸⁰ <https://www.argentina.gob.ar/inpi/institucional/el-inpi>

¹⁸¹ <https://alimentosargentinos.magyp.gob.ar/HomeAlimentos/IGeo/>

¹⁸² <https://www.argentina.gob.ar/inase/variedadesvegetales/registro-nacional-propiedad-cultivares>

¹⁸³ <https://nic.ar/ar/listadohttps://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/255797/20220106?s=08>

aquellas en todos los géneros y ramas de producción que confieren a sus autores los derechos y obligaciones prescriptas por la norma¹⁸⁴

Cuáles son esos derechos: Derecho al uso exclusivo de una invención¹⁸⁵ que tenga los requisitos de patentabilidad: Altura Inventiva; Aplicabilidad Industrial y novedad¹⁸⁶, por el plazo que determina la ley en su art.35¹⁸⁷, esto es por veinte años desde la fecha de solicitud.

La protección de los derechos sobre invenciones por la vía de las patentes, exige una estrategia de protección adecuada, ya que para mantener los derechos y evitar que terceros se apropien indebidamente la ley establece exigencias al inventor, titular que deben ser cumplidas en tiempo y forma. Por ejemplo cumplir con el pago de las anualidades, que de no ser abonadas oportunamente, vencido el plazo de gracia, caducan de pleno derecho pasando al dominio público.

f) Marcas y designaciones comerciales.

¹⁸⁴ Texto ordenando de la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad N° 24.481, modificada por Ley N° 24.572 (T.O.1996, artículo 1° — Las invenciones en todos los géneros y ramas de la producción conferirán a sus autores los derechos y obligaciones que se especifican en la presente ley.”

¹⁸⁵ Artículo 8° — El derecho a la patente pertenecerá al inventor o sus causahabientes quienes tendrán derecho de cederlo o transferirlo por cualquier medio lícito y concertar contratos de licencia. La patente conferirá a su titular los siguientes derechos exclusivos, sin perjuicio de lo normado en los artículos 36 y 99 de la presente ley:

a) Cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación del producto objeto de la patente;

b) Cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el titular de una patente de procedimiento tendrá derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de: uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.859_B.O. 14/1/2004).

¹⁸⁶ Artículo 4° — Serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.

a) A los efectos de esta ley se considerará invención a toda creación humana que permita transformar materia o energía para su aprovechamiento por el hombre.

b) Asimismo será considerada novedosa toda invención que no esté comprendida en el estado de la técnica.

c) Por estado de la técnica deberá entenderse el conjunto de conocimientos técnicos que se han hechos públicos antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero.

d) Habrá actividad inventiva cuando el proceso creativo o sus resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para una persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente.

e) Habrá aplicación industrial cuando el objeto de la invención conduzca a la obtención de un resultado o de un producto industrial, entendiendo al término industria como comprensivo de la agricultura, la industria forestal, la ganadería, la pesca, la minería, las industrias de transformación propiamente dichas y los servicios.

¹⁸⁷ Artículo 35. — La patente tiene una duración de VEINTE años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

Entre los institutos más conocidos y utilizados en materia de Propiedad Industrial, se encuentran las marcas¹⁸⁸. El derecho de propiedad sobre estos signos distintivos, según lo prescribe el artículo primero de la Ley N° 22.362 antes citada establece que “Pueden registrarse como marcas para distinguir productos y servicios: una o más palabras con o sin contenido conceptual; los dibujos; los emblemas; los monogramas; los grabados; los estampados; los sellos; las imágenes; las bandas; las combinaciones de colores aplicadas en un lugar determinado de los productos o de los envases; los envoltorios; los envases; las combinaciones de letras y de números; las letras y números por su dibujo especial; las frases publicitarias; los relieves con capacidad distintiva y todo otro signo con tal capacidad”.

Estos signos distintivos tienen como función la de identificación y garantía. Las marcas facilitan la vida del consumidor a la hora de adquirir determinados productos o de utilizar determinados servicios, en el sentido de que permiten identificar un producto o servicio ya conocido o que haya sido objeto de publicidad.

La ley de marcas prevé que todo signo con capacidad distintiva susceptible de identificar un producto o un servicio puede ser registrado como marca. El derecho se adquiere con el registro, según lo prescribe expresamente la norma en el artículo cuarto¹⁸⁹

El plazo de protección es de diez años desde la concesión¹⁹⁰. Y desde la modificación relativamente reciente de la Ley de Marcas, se estableció que para mantener el registro, y repeler un eventual pedido de cancelación por falta de uso, es exigible presentar una declaración jurada de uso dentro de los cinco años previos a la renovación de la marca (Declaración Jurada de Medio Término).

Con esta modificación a la Ley de Marcas, luego de las introducciones habidas por la ley 27.444 de modernización del estado, el objetivo ha sido la simplificación de los trámites administrativos para obtener y mantener el registro de estos activos intangibles tan utilizados.

Las marcas, como instrumentos jurídicos de valorización de productos y servicios, son el instrumento icónico para que un producto o servicio al cual el público consumidor

¹⁸⁸Ley de marcas y designaciones. Ley N° 22.362. Buenos Aires, 26 de diciembre de 1980.

¹⁸⁹ Artículo 4°—La propiedad de una marca y la exclusividad de uso se obtienen con su registro. Para ser titular de una marca o para ejercer el derecho de oposición a su registro o a su uso se requiere un interés legítimo del solicitante o del oponente

¹⁹⁰ Artículo 5°— El término de duración de la marca registrada será de Diez (10) años. Podrá ser renovada indefinidamente por períodos iguales si la misma fue utilizada, dentro de los Cinco (5) años previos a cada vencimiento, en la comercialización de un producto, en la prestación de un servicio, o como parte de la designación de una actividad.

se ha fidelizado pueda ser potenciado por la vía contractual ya sea mediante licencias (autorizaciones de uso), o bien cesiones de derechos.

Estas herramientas jurídicas se encuentran al alcance de todos y son motor de la economía sin duda.

g) Diseños industriales y modelos industriales.

Otros instrumentos jurídicos de la Propiedad Industrial, menos usados, pero no menos importante, son los diseños y modelos industriales. Estos protegen la forma novedosa de un producto, su aspecto ornamental.

El viejo decreto aún vigente¹⁹¹ que reglamenta a este instituto jurídico, en su artículo tercero define al modelo o diseño como “(...) las formas o el aspecto incorporados o aplicados a un producto industrial que le confieran carácter ornamental.”. La protección concedida por el presente decreto tendrá una duración de cinco años, a partir de la fecha del depósito y podrá ser prolongada por dos períodos consecutivos de la misma duración, a solicitud de su titular. Por ende su protección se podrá extender hasta 15 años.

Es importante destacar que para obtener protección bajo este instituto “no se debe haber divulgado por ningún medio la invención” no deben haber sido dados a conocer o haber sido explotados públicamente.

Es importante destacar también, que si bien es susceptible de protección la obra intelectual que podría ser protegible como modelo industrial, el decreto ley expresamente prohíbe: “Artículo 28. Cuando un modelo o diseño industrial registrado de acuerdo con el presente decreto haya podido también, ser objeto de un depósito conforme a la Ley 11.723, el autor no podrá invocarlas simultáneamente en la defensa judicial de sus derechos”.

Ahora sí permite la Ley convertir una patente en modelo/diseño industrial, si erróneamente fuera presentada como tal o careciera de alguno de los requisitos de protección para las patentes. (...) “Cuando por error se solicite una patente de invención para proteger un modelo o diseño industrial, objetada la solicitud por la Dirección

¹⁹¹Decreto/Ley 6673/1963.

Artículo 7º - La protección concedida por el presente decreto tendrá una duración de cinco años, a partir de la fecha del depósito y podrá ser prolongada por dos períodos consecutivos de la misma duración, a solicitud de su titular.

Nacional de la Propiedad Industrial por tal motivo, el interesado podrá convertirla en solicitud de registro de modelo o diseño.”¹⁹²

h) Indicaciones geográficas y denominaciones de origen de carácter agrícola y alimentario.

Son aquellos instrumentos jurídicos que reconocen a un producto “típico” que posee una calidad determinada, que tienen un vínculo asociado a su origen geográfico.

Se ha optado por un régimen doble, regulando por separado lo referido a las IG de vinos y bebidas espirituosas de origen vínico (ley 25.163 de 1999) y a productos agrícolas y alimentarios (ley 25.380 y ley correctiva 25.966). En el primer caso la autoridad de aplicación es el Instituto Nacional de Vitivinicultura, en el segundo la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos

En ambos casos se prevé la protección de indicaciones geográficas directas (producto + nombre geográfico) y calificadas, que indican un origen y una calidad derivada de éste. Se trata de un sistema voluntario y abierto.

Se brinda tutela frente al uso indebido por terceros, tendiéndose a evitar el fraude, error o engaño al consumidor sobre el verdadero origen del producto.

Las normas de autorregulación y los controles estatales aseguran que el producto comercializado se corresponda con el pliego o producto registrado. Se prevén medios de exclusión sanciones administrativas y acciones de defensa.

Más allá de estas características comunes, la regulación independiente de las IG de productos agrícolas y alimentarios por un lado y de vinos y bebidas espirituosas por el otro, hace que cada uno de los regímenes revista ciertas características independientes, que a continuación se intentan reflejar brevemente.

i) Productos agrícolas y alimentarios.

Definiciones:

Indicación geográfica: “aquella que identifica un producto como originario, del territorio de un país, o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad u otras características del producto sean atribuibles fundamentalmente a su origen geográfico”.

¹⁹² Artículo 28. –(...) Cuando por error se solicite una patente de invención para proteger un modelo o diseño industrial, objetada la solicitud por la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial por tal motivo, el interesado podrá convertirla en solicitud de registro de modelo o diseño.

Denominación de origen: “El nombre de una región, provincia, departamento, distrito, localidad o de un área del territorio nacional debidamente registrada que sirve para designar un producto originario de ellos y cuyas cualidades o características se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y los factores humanos.”

Productos amparables: Productos primarios y elaborados, productos agroalimentarios, productos agrícolas no alimentarios (fibras, por ejemplo) aguas minerales o de manantial. No son amparables otros productos industriales, artesanías o servicios.

Titular del Derecho: Es un derecho colectivo, que pertenece a la comunidad de elaboradores y productores, que hacen el producto en el área geográfica, Este punto no se menciona en la ley, que confiere a los usuarios de la indicación geográfica y/o denominación de origen los siguientes derechos: a) Derecho de uso de la indicación geográfica. b) Derecho de uso de la denominación de origen y del nombre que la identifica; y derecho exclusivo al uso de emblemas, distintivos, siglas, logotipos, marbetes, etc. que hayan sido autorizadas por el organismo competente. c) Control y garantía de calidad especificada en la denominación de origen registrada por autoridad competente.

El encargado y de la gestión de las acciones de defensa de la DO es el Consejo de la Denominación de Origen respectivo, La IG no requiere la conformación de una asociación de productores, pero en la práctica es difícil gestionarla si esta Asociación.

Duración de la Protección Legal de la IG/DO registrada: Indefinida, manteniendo su vigencia mientras se encuentren en uso y se mantengan las condiciones que motivaran su otorgamiento. Se prevé la cancelación del registro y la acción de nulidad, si no se cumplieran las pautas registradas en el protocolo.

Alcance de la Exclusividad del uso del nombre: No confiere exclusividad al uso del nombre, sino que otorga al titular del registro, acciones de defensa contra el uso indebido y/o competencia desleal. Sólo confiere exclusividad al uso de los logos y elementos identificatorios de la DO, debidamente registrados, pero no al nombre.

Acciones de defensa: La protección legal no confiere un derecho exclusivo, por lo que su defensa, que combina acciones administrativas y judiciales, se enmarca en lo relativo a la lealtad comercial y la defensa del consumidor.

j) Vinos y bebidas espirituosas de origen vínico.

Definiciones:

IP: indicación de procedencia: es el nombre que identifica la procedencia de un producto originario de un área geográfica menor que el territorio nacional, expresamente definida y reconocida por el Instituto Nacional de Vitivinicultura, teniendo en cuenta límites administrativos y/o políticos de referencia. Se aplica exclusivamente a vinos de mesa y regionales.

Indicación Geográfica: es el nombre que identifica un producto originario de una región, una localidad o un área de producción delimitada del territorio nacional no mayor que superficie de una provincia o de una zona interprovincial ya reconocida, la IG sólo se justificará cuando determinada calidad y las características del producto sea atribuible fundamentalmente su origen geográfico.

Producto originario es el producto elaborado y envasado en el área geográfica determinada, empleando uvas provenientes de cepas de *Vitis vinífera* L, en el caso que éstas hayan sido totalmente producidas, cosechadas y envasadas en la misma. El empleo de una Indicación Geográfica queda reservada exclusivamente para los vinos o bebidas espirituosas de origen vínico de calidad.

Denominación de Origen Controlada: es un producto originario de una región, de una localidad o de área de producción delimitada del territorio nacional, cuyas cualidades o características particulares se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico, abarcando los factores naturales factores humanos. Producto originario es el obtenido de uvas provenientes de cepas de *Vitis vinífera* totalmente producidas en el área determinada, elaborado y embotellado en la misma.

Productos amparables: Vinos y bebidas espirituosas de origen vínico.

Titular del derecho: La ley no aclara quien es el titular del derecho pero puede inferirse que es el Estado Nacional, quien confiere a los usuarios el derecho al uso de los nombres de las áreas geográficas o de producción para una IP, IG o DOC.

Duración de la Protección Legal de la IG-DOC registrada: Indefinida. Se prevé su cese si no se respetan las condiciones de producción registradas.

Alcance de la exclusividad de uso del nombre: Se prevé el derecho de exclusividad y protección legal en el uso de la Indicación de Procedencia, Indicación Geográfica o Denominación de Origen Controlada, debidamente registradas; derecho al uso de las siglas, logotipos, marbetes y etiquetas que hayan sido autorizados por la Autoridad de Aplicación de la ley para identificación de los productos y certificación de genuinidad y garantía de calidad, expedida por la Autoridad de Aplicación.

Acciones de defensa: En el caso de los vinos y BEVs, la tutela que confiere el sistema es, fundamentalmente, contra el uso indebido por terceros, que sea fraudulento, o pueda inducir a error o engaño del consumidor respecto del verdadero origen de la mercadería. Sin embargo, conforme a los artículos 30 y 35 de la Ley 25.163 se confiere exclusividad en el uso del nombre a los productores y elaboradores debidamente registrados e inscriptos como usuarios.

Esto corresponde al nivel de protección adicional que prevé el art. 23 del ADPIC, así como de los logos y elementos identificatorios de la DO, que fueron registrados, ya que en el art. 34 inciso c) también se prohíbe el uso de las calificaciones como “clase”, “a la manera de”, “tipo”, “estilo”, u otras análogas o su traducción, por entender que puede existir usurpación, imitación o evocación, aunque se indique el origen verdadero.

El hecho que se registren en el área de gobierno agrícola, demuestra que más que sellos distintivos de la PI, se las valora como instrumento de promoción de las economías regionales.¹⁹³

k) Nombres de dominio de Internet.

Otros instrumentos jurídicos son los nombres de dominio de Internet, que en Argentina se registran en la órbita de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación.

Estos instrumentos sirven para identificar una dirección IP numérica-alfanumérica, y su registro reconoce un derecho: “Prior in tempore potior in jure”, que podría traducirse como “Primero en el tiempo mejor en el derecho”.

Están directamente vinculadas con las marcas y en caso de apropiación indebida la justicia ha reconocido el derecho sobre los titulares de marcas de renombre.

En Argentina se registran en www.nic.ar, y su vigencia es por el plazo de un año.

l) En conclusión.

Todas estas herramientas jurídicas, prácticas enunciadas en este trabajo, son cruciales para el momento de valorizar y potenciar un producto o un servicio determinado, en tanto y en cuanto se cumpla con los requisitos legales para su obtención y/o mantenimiento.

¹⁹³ <https://www.infocampo.com.ar/sarmiento-una-nueva-identificacion-geografica-para-el-vino-argentino/>

El desafío como juristas es adaptarnos a los tiempos que corren y conocer del manejo y uso de estas herramientas para valorizar el esfuerzo de los emprendimientos locales.

Desde el auge de la globalización y de internet, más allá de la territorialidad de estos derechos no se sabe de fronteras.

Las soluciones comunes que podamos brindar, resultarán útiles para aquellos casos en los cuales la creatividad jurídica, los principios generales, las distintas estrategias a la hora de protección, serán cruciales para el desarrollo local y valorización de los productos/servicios de que se trate.

Debemos conocer las herramientas para poder acompañar los cambios que se avecinan.

***El presupuesto público dentro del esquema de la Constitución Nacional:
sobre la financiación de los costos de los derechos a través de las recaudaciones
impositivas***

Por Leticia Brun¹⁹⁴

a) Introducción.

El presente trabajo tiene por objetivo analizar la importancia del presupuesto público a la luz del principio de división de poderes, los derechos y garantías de los contribuyentes y la realización de los derechos sociales fundamentales garantizados en la Constitución Nacional. Surgen de nuestra Constitución las formas, procedimientos y propósitos para la obtención de los recursos y su conexión al gasto, todo ello a través de los principios que resultan del juego armónico de los artículos: 4 (formación del Tesoro de la nación), art. 16 (igualdad), art. 17 (legalidad), art. 28 (razonabilidad), art. 33 (Capacidad contributiva como derechos y garantías implícito), art. 75 inc. 2 y 8 (potestad tributaria, coparticipación y fijación del presupuesto), 75 inc 22 (constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos) y 14 bis (derechos sociales).

Cuando se habla de la satisfacción de los derechos fundamentales le cabe al Estado una responsabilidad muy grande en garantizar, además de los derechos fundamentales de los ciudadanos más vulnerables, las libertades económicas y afianzar la seguridad jurídica que permita el desarrollo de los individuos y de las empresas de los cuales extraerá los recursos tributarios sobre la base de su capacidad contributiva.

El principio de capacidad contributiva constituye entonces la fuente de legitimación del poder fiscal y límite de la actividad financiera del Estado y el deber de contribuir a los gastos públicos en la medida de su riqueza, bases certeras sobre las cuales se construye el sistema republicano de gobierno.

b) Esquema en la Constitución Nacional y consideraciones previas.

b.1) Atribuciones del Congreso.

El presupuesto del sector público es el principal instrumento para determinar los objetivos, las políticas y los programas a implementar por el gobierno de un Estado.

¹⁹⁴ Abogada. Especialista en tributación. Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

La Constitución Nacional, en su art. 75 inc. 8, dispone que corresponde al Congreso de la Nación fijar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración nacional. La función del presupuesto es conjugar, dentro del esquema institucional de división de poderes, la autorización de los gastos y la previsión de los recursos con el plan de gobierno.

La citada cláusula constitucional puede subdividirse en dos partes bien diferenciadas de competencia del Poder Legislativo: por un lado fijar el presupuesto conforme las pautas del inc. 2 del art 75 (el cual refiere a la distribución de los recursos coparticipables contemplando criterios objetivos de reparto; en forma equitativa, solidaria, dando prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional), y por el otro aprobar o desechar la cuenta de inversión, o plan de acción remitido por el Poder Ejecutivo cada año.

La Cámara de origen para la sanción del presupuesto en nuestro sistema es la Cámara de Diputados, por imperio del art. 52 y 77 a 84 de la Constitución Nacional, así como surge de lo dispuesto en el art. 26 de la ley 24.156 de Administración Financiera del Estado, que es la que rige en la actualidad -entre otras cuestiones- el sistema presupuestario, la estructura, elaboración y ejecución del presupuesto nacional

El constituyente de 1994 optó por mantener el mandato constitucional de fijar “anualmente” el presupuesto. Se trata de una práctica fiscal saludable que hace a la transparencia y a la seguridad jurídica de las cuentas del Estado que, sin embargo, fue dejada de lado en muchas oportunidades, ejecutándose ejercicios subsiguientes con presupuestos anteriores (reconducción del presupuesto).

Esta solución se encuentra regulada en el art. 27 de la ley 24.156, por cuanto establece que si al inicio del ejercicio financiero no se encontrare aprobado el presupuesto general, regirá el que estuvo en vigencia el año anterior con los ajustes que deberá introducir el Poder Ejecutivo, como eliminar rubros de recursos que no puedan ser recaudados nuevamente o eliminar créditos presupuestarios que no deban repetirse por cumplimientos de los fines por los cuales fueron previstos anteriormente.

En diversos proyectos legislativos se sostuvo la conveniencia de aprobar presupuestos “plurianuales” como es de práctica en otros países. Sin embargo, el cumplimiento del requisito constitucional de la presentación y aprobación puntual de la

denominada “ley de las leyes”, como suele llamarse al presupuesto, ha favorecido el aumento y la eficacia de la recaudación.¹⁹⁵

b.2. Principios que debe observar la ley de presupuesto.

Es menester precisar que la ley de Presupuesto Público se rige por una serie de principios, entre los cuales nos encontramos con el de universalidad (se refiere a la necesidad de que todo aquello que constituya materia del presupuesto debe ser incorporado en él, no puede haber compensación entre gastos y recursos, sino que deben figurar con su importe bruto, sin extraer saldos netos); especialidad (deben señalarse con precisión las fuentes que originan los ingresos y, en materia de gastos, la autorización no debe darse en forma global, sino específicamente para cada crédito); claridad (es importante para la eficacia del presupuesto como instrumento de gobierno, de administración y de programación socio-económica), exactitud y no afectación de recursos (las estimaciones de las erogaciones a realizar, como de los recursos a obtener deben ser lo más precisas posibles, y que los recursos no tengan una afectación especial sino que ingresen en rentas generales).¹⁹⁶

b.3. Naturaleza jurídica del presupuesto.

De acuerdo a nuestro esquema constitucional la ley de presupuesto es una ley de carácter formal, en tanto la cláusula de su creación dispone que el Congreso autorizará los gastos y hará la previsión de los ingresos, por lo cual el presupuesto sólo debe limitarse a calcular y autorizar, sin que sea lícito incluir disposiciones de otro tipo, entre ellas las de carácter sustancial.

Ahora bien, ello sucede en el plano teórico, no obstante en ocasiones el Congreso no se ha limitado a dicha autorización y cálculo, sino que ha decidido agregarle normas por la que se establece un nuevo impuesto, o se deroga alguno ya existente, otorgándole consecuentemente el carácter de ley material. En cualquiera de las dos hipótesis el Congreso actúa conforme a las atribuciones que le son propias. Por ello, entiende Villegas, que el problema de la naturaleza jurídica de la ley de presupuesto es una cuestión dependiente del derecho positivo de cada país.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Dalla Via, Alberto Ricardo “Teoría del Estado y la Constitución”- Tomo I-A, AbeledoPerrot, 2013, pág. 489.

¹⁹⁶ Villegas, Héctor “Curso de finanzas, derecho financiero y tributario” Astrea, 9na Edición, 2009, pág., 128.

¹⁹⁷ Villegas, Héctor Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario, Astrea, 9na edición, pág. 126.

b.4. Atribuciones del Poder Ejecutivo.

Continuando, conforme el principio de división de poderes, con el esquema constitucional para la formulación del presupuesto, el art. 100 incs. 6 de la Constitución Nacional reconoce en el Poder Ejecutivo la facultad de preparar el presupuesto. En dicha norma se asigna la función al Jefe de gabinete, quien deberá enviar al Congreso el proyecto de ley de presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo

El Estado en su faz ejecutiva, como gestor de la decisión financiera, mostrará a través del presupuesto que proyecte, con la combinación de recursos y gastos que utilice y la planificación de su política pública, el modelo de Estado de que se trate.¹⁹⁸

Por su parte el art. 100 el inc. 7 dispone que le corresponde también al Jefe de gabinete, hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional. Para ello es necesario la habilitación presupuestaria previa_pues, en lo que se refiere al gasto público, el presupuesto funciona como el límite que impone el Poder Legislativo al Poder Ejecutivo en el cumplimiento de las funciones y servicios públicos a cargo del Gobierno.

Según el art. 99 inc. 10 de la Constitución Nacional esta actividad del Jefe de Gabinete es supervisada por el Presidente de la Nación.

b.5. Preparación del presupuesto.

La ley de Administración Financiera 24.156 en la sección II establece los pasos a seguir para la formulación del presupuesto, disponiendo que todas las dependencias de la Administración deben preparar una propuesta de prioridades presupuestarias en general y de planes o programas de inversiones públicas en particular sobre cuya base la Oficina Nacional de Presupuesto confeccionará el proyecto de ley de presupuesto, que deberá incluir entre otras cuestiones, un presupuesto de recursos de la Administración y presupuestos de gastos de cada jurisdicción y los créditos presupuestarios asignados a cada uno de los proyectos de inversión que se prevé ejecutar (arts. 24 y 25).

Además, establece que “los presupuestos comprenderán todos los recursos y gastos previstos para el ejercicio, los cuales figurarán por separado y por sus montos íntegros, sin compensaciones ente sí” (art. 12), lo que importa, una clara limitación a la

¹⁹⁸ Villegas, op cit.

Administración impidiéndole incurrir en gastos que no se encuentren previstos en el presupuesto anual correspondiente.

En ese sentido, puede decirse que de la Ley N° 24.156 se deriva que “los poderes estatales sólo pueden contraer compromisos de gastos con imputación a los créditos del ejercicio, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos determinados en la Ley de Presupuesto”, constituyendo los créditos del presupuesto de gastos, “el límite máximo de autorizaciones disponibles para gastar”¹⁹⁹

c) Fijar el presupuesto conforme a las pautas del inc. 2 del art. 75.

Cuando el art. 75 inc. 8 refiere a fijar el presupuesto conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 del mismo artículo (el cual establece que la distribución coparticipable sea con criterios objetivos de reparto, equitativa, solidaria y que dé prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades) responde a la necesidad de alcanzar una distribución equitativa de riqueza, para proveer al crecimiento y a la realización de los derechos sociales y fundamentales que garantiza el plexo constitucional.

La constitucionalización de los derechos sociales comenzaron con las reformas del 1949 y 1957 y finalmente fueron completados en 1994 con la incorporación del capítulo Segundo, de los Nuevos derechos y garantías, particularmente los denominados derechos de incidencia colectiva, junto a la incorporación con rango constitucional de los tratados de derechos humanos que vinieron a complementar los derechos reconocidos en el Capítulo primero y segundo de la Constitución Nacional.

No olvidemos que la primer Constitución Nacional de 1853 se inspiró en las corrientes liberales del pensamiento, cuyo principio fundamental era el de la libertad individual.

En base a ese reconocimiento de derechos, se estructuraron distintas corrientes ideológicas políticas y económicas, que según cuál fuera la que se adopte en el marco de la formación y sanción del presupuesto, podrá advertirse cuáles son los derechos más importantes en un plan de gobierno.

La doctrina estructuró tres categorías de derechos –diferenciadas en su origen, contenido y titularidad- a las que se denominó:

¹⁹⁹Por Martín Bosch “Licitación de Obra Pública sin Crédito Legal El Fallo “Libedinsky” IJ Editores Cita: IJ-XXXVIII-554.

-Derechos de primera generación: que abarcan a los derechos civiles y políticos regidos por la idea de libertad y consagrados por el constitucionalismo clásico.

-Derechos de segunda generación: integrados por los derechos económicos, sociales y culturales, entendidos como un nuevo conjunto de exigencias a las cuales debía someterse el accionar estatal. Suelen englobarse aquí los derechos a la salud física y mental, la educación, la alimentación, vivienda, condiciones de empleo dignas, sindicalización, seguridad social, protección de la familia y niños, y disfrute de la cultura, en un contexto de igualdad real de oportunidades, consagrados por el constitucionalismo social del siglo XIX y XX.

-Y los Derechos de tercera generación: vinculados con los procesos de internacionalización de los derechos humanos, la solidaridad y los denominados derechos difusos o de incidencia colectiva, tales como los derechos a un medio ambiente sano o de los usuarios y consumidores.²⁰⁰

Explica Harry Schurig que respecto de todos esos derechos se llegó a la imperfecta clasificación de considerar a los derechos civiles y políticos (los de primera generación) como negativos y a los derechos económicos, sociales y culturales, abarcativos de los de segunda y tercera generación, como positivos.

Los primeros, señala, tienen anclaje en el principio de que todos somos iguales ante la ley, privilegian el campo de acción individual y rechazan las acciones dañosas del Estado. Mientras que los derechos de segunda y tercera generación lo harían en la igualdad, en tanto presuponen la existencia de diferencias entre los individuos y convocan al Estado para subsanarlas con acciones positivas. “Los primeros nos protegen del Estado, los segundos permiten ampararnos en él.”

Sin embargo, comparte Schurig la doble faceta que presentan todos los derechos, en tanto en uno y otro caso se exigen conductas negativas y a la vez positivas por parte del Estado.

Tomemos como ejemplo el derecho a la salud. Indica el autor citado que en principio la salud es un bien jurídico privado que integra la esfera íntima del sujeto que implica la obligación del Estado y de los otros ciudadanos de no generar un daño a ese bien jurídico.

²⁰⁰ Harry Schurig, Responsabilidad del Estado por omisión en materia de derechos sociales, Revista de Derecho Público, Rubinzal Culzoni editores, 2022.

Pero también existe el derecho a las prestaciones de salud que exige el deber del Estado de prestar y organizar los sistemas asistenciales necesarios para prevenir y remediar cualquier afectación. Sin embargo su prevención no se agota con la provisión de efectores de salud en hospitales y demás dependencias públicas o privadas, sino también en una serie de potestades de control estatal respecto de distintas actividades, tales como controles bromatológicos en negocios de fabricación, fraccionamiento y expendio de alimentos; condiciones de higiene y seguridad en lugares de trabajo, o de acceso público. También las referidas a la contaminación ambiental, y prevención de los perjuicios psicológicos derivados de publicidades que induzcan a deficiencias en la alimentación.

En ese sentido, destaca Schurig que el derecho a la salud alcanza una multiplicidad de conductas íntimamente relacionadas con otros derechos (civiles, políticos, económicos, sociales o culturales), tales como el derecho a trabajar, a consumir, a disfrutar de un ambiente sano.

Por ello indica, entre otros ejemplos como el que se mencionó, que sostener que para la vigencia de los derechos “negativos” basta con la omisión estatal, representa una visión sesgada y limitada del modo en que se ejercen y satisfacen los derechos.

Todo reconocimiento de derechos produce un efecto económico. Alguien se beneficia y alguien se perjudica. Pues detentar un derecho implica avanzar sobre las esferas de libertad que anteriormente otro sujeto tenía. El no reconocimiento de un derecho implica el mantenimiento de esas esferas de poder, dice el autor.

En cuanto a la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, señala Schurig que se encuentra estrechamente vinculada a servicios públicos divisibles asignados a usuarios o beneficiarios individualizables e implica una prestación directa efectuada por el Estado, de allí que suelen catalogarse como derechos positivos. A diferencia de los primeros que su reconocimiento se traduce en prestaciones indirectas con efectos generalizados (Poder Judicial, seguridad interna, estructura burocrática del Estado)

Bajo esas viejas premisas, ¿cuánto cuesta a un Estado no afectar la igualdad? tradicionalmente considerado un derecho de primera generación negativo (de origen en la teoría del Estado Liberal) Dice el autor que si lo explicamos en forma negativa, nada, el costo es cero, pues bastaría la abstención de ciertas conductas discriminatorias. Pero si lo pensamos desde el ángulo de cuánto cuesta evitar la discriminación social, es decir explicándolo en forma positiva, el costo es alto, pues supone construir rampas, generar

mayores costos laborales, establecer cupos, otorgar beneficios, subvenciones, exenciones (en pasajes o en impuestos) que implica un egreso extra o un ingreso menor de fondos.

Con citas en Holmes y Sunstein define "...la ausencia del Estado significa la ausencia de derechos. En realidad un derecho legal sólo existe si y cuando tiene costos presupuestarios" de la obra de los autores citados "El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos" Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

c.1. La cláusula de progresividad en los tratados de derechos humanos.

Ha expuesto la Organización de las Naciones Unidas que "con el transcurso del tiempo se ha ido reconociendo la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos. Teniendo en cuenta esa indivisibilidad de los derechos humanos, la Comisión desea puntualizar que la violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae aparejada una violación de derechos civiles y políticos. En efecto, una persona que no recibe adecuado acceso a la educación puede ver mermada su posibilidad de participación política o su derecho a la libertad se verá disminuido en diferentes niveles, o violado de un todo, su derecho a la vida. Esta situación puede darse en diferentes grados, según la medida de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, pudiendo sostenerse en términos generales que a menor disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, habrá un menor disfrute de los derechos civiles y políticos. En este contexto, una situación de máxima violación de los derechos económicos, sociales y culturales significará una máxima violación de los derechos civiles y políticos. Es lo que sucede cuando nos encontramos con una situación de pobreza extrema".²⁰¹

Esa indivisibilidad e interdependencia reconocida por la ONU exige prestar la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto la realización plena de los primeros resulta imposible sin el goce de los segundos.

El reconocimiento de los derechos sociales en los tratados internacionales y su posterior constitucionalización en nuestra ley fundamental ha generado un efecto de internalización de "estándares mínimos", para lo cual deben de seguirse los propios

²⁰¹ <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-2.pdf>, pág. 43.

tratados, sus regulaciones complementarias y las declaraciones que hagan sus tribunales internacionales vinculadas a esos derechos de forma obligatoria.

Sus disposiciones deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la parte general de la Constitución, en particular el 14 bis. Entre ellos, figura el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyos primeros quince artículos consagran el mínimo inherente a la dignidad de la persona humana.²⁰²

El Estado debe trabajar para la materialización de estos derechos, para ello es necesario la disponibilidad de recursos y el adecuado uso de estos a través de su acción de gobierno.

Es en especial el párrafo primero del art. 2 del PIDESC que obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga” para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos que reconoce dicho instrumento. Y en su caso para que un Estado pueda justificar el incumplimiento de las obligaciones mínimas por falta de recursos, debe demostrar que ha realizado todo el esfuerzo posible para utilizar al máximo aquellos que están a su disposición.

La cláusula de desarrollo progresivo también se encuentra consagrada en el art. 26 Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual dispone que los Estados partes deben adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales (sus acciones nunca deben ser regresivas).

Lo expuesto hasta aquí indica que la capacidad del Estado de garantizar derechos a sus ciudadanos y de recaudar impuestos a quienes detentan capacidad contributiva está positivamente relacionada.

d) La financiación de los costos de los derechos se lleva a cabo a través de las recaudaciones impositivas.

Todos los derechos cuestan dinero y su financiación debe ser afrontada por todos los ciudadanos en la medida justa de su capacidad contributiva.

²⁰² Cita Tarsitano, Alberto “El Principio de Capacidad Contributiva y el Derecho constitucional presupuestario” Revista Jurídica de Bs As-2010, pág. 1153.

En este punto considero apropiado recurrir al artículo de Alberto Tarsitano titulado “El principio de capacidad contributiva y el derecho constitucional presupuestario” quien expresa que el aspecto jurídico que conlleva la actividad financiera pública nace con la noción de tributo, como prestación coactiva exigida por el Estado a personas que poseen capacidad contributiva.

Los recursos así obtenidos se destinan a cubrir mediante el gasto público las necesidades asumidas por el Estado, las propias de su organización y las que deben ser garantizadas a los ciudadanos como derechos fundamentales. Así pues, los tributos y el resto de la renta pública (ingresos patrimoniales y crédito público) se traducen en los medios que satisfacen el programa de gobierno, el que se supone subordinado funcionalmente a la concreción de, al menos, un mínimo interés constitucional garantizado.

Un mínimo, dice el autor, porque los intereses protegidos por la Constitución configuran un abanico amplio que se despliega desde asegurar el funcionamiento de las instituciones del Estado hasta concretar el gasto social que permita el acceso a su población a los bienes de la economía, seguridad social, la vivienda, la salud, la educación y la cultura.²⁰³

Usando una metáfora, señala el jurista que “la capacidad contributiva se convierte en la savia común que nutre la raíz de tributos y gastos públicos. Recursos y gastos se implican recíprocamente. Son las dos caras de una moneda llamada tributo cuando se emite por la capacidad contributiva del obligado al pago. La capacidad contributiva es un enunciado jurídico constitucional y opera como fundamento del criterio de reparto del gasto público. Justifica la progresividad de los impuestos y la asignación de los bienes y servicios públicos a los más necesitados.”

En la misma dirección, comparte lo afirmado por Amatucci y González García en cuanto sostuvieron que “la capacidad contributiva del individuo es el fundamento del deber de obtención de los fines comunes e indica la cantidad de riqueza que legítimamente puede ser cobrada con fines solidarios dentro de los límites que facilitan la libre iniciativa económica privada, y además la dirección y la coordinación hacia fines sociales de la actividad pública y privada. En este sentido la capacidad contributiva constituye el

²⁰³ Tarsitano, Alberto “El principio de capacidad contributiva y el derecho constitucional presupuestario” Revista Jurídica de Bs As-2010, pág. 1152.

presupuesto, límite y fundamento del pago y consiste en la idoneidad del sujeto a ser coactivamente sometido a la potestad tributaria según los criterios de progresividad.²⁰⁴

Señala el autor que el efecto redistributivo que surge de la dialéctica recurso-gasto es una función ejercida por el legislador con criterio político antes que puramente económico. Será “probablemente una conjunción de la renta, patrimonio y consumo en proporciones variables dependientes de las circunstancias políticas, sociales y económicas, las que establezcan el alcance y la medida de la imposición, respetando los principios constitucionales de igualdad, proporcionalidad, progresividad y generalidad.”

La capacidad contributiva es el fundamento de legitimidad de la potestad normativa pero también su límite. Citando a González García expresa: “el fin último de la ley tributaria no es cobrar impuestos donde no hay capacidad contributiva. Consiguientemente, la capacidad contributiva, eje y norte de toda labor interpretativa, está en el fin mismo de la norma cuando ordena contribuir cuando hay capacidad contributiva, y no contribuir cuando no la hay. Es decir, la capacidad contributiva, entendida en dos sentidos, positiva y negativa, fundamenta el hecho de contribuir y sirve, en su caso, de medida de la imposición.”

Si bien nuestra Constitución no menciona el principio de la capacidad contributiva, surge implícito del art 33, toda vez que las garantías expresas de proporcionalidad, equidad y generalidad no agotan el concierto de garantías que se deducen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos constituye un principio sustancial del sistema republicano, inherente a su naturaleza, y no existe otra manera de contribuir sino en función de las capacidades económicas de las personas. Está implícito, como se dijo, en el art. 33 y surge de los tratados sobre derechos humanos incorporados al texto de la Constitución (75 inc. 22).

En cambio, sí surge de manera expresa en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. XXXVI cuando enuncia: “Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos.”

También lo hace la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 29: “1. Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. 2. En el ejercicio de sus derechos y en el

²⁰⁴ Tarsitano, artículo citado, pág. 1154.

disfrute de sus libertades, toda persona está solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bien de una sociedad democrática”.

e) El caso Asociación Benghalensis. El derecho humano a recibir asistencia adecuada y el deber del Estado de asegurarlo.

La causa “Asociación Benghalensis y otros v Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional (1/6/2000) es el primer amparo colectivo que trató la CSJN y un fallo en que se trató la cuestión desde los recursos y presupuestos del Estado para atender un derecho humano, como lo es el derecho a la salud.

Se trataba de un grupo de entidades no gubernamentales que desarrollaban actividades contra la epidemia Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida que promovieron una acción de amparo a fin de obligar al Estado Nacional a cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación y suministro de medicamentos a los enfermos de SIDA.

La decisión de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, hizo lugar a la acción, confirmando la del a-quo, reconociendo la legitimación suficiente de la asociación para interponer la acción de amparo en los términos del art. 43 de la CN y en base a la ley 23798 que declaró de interés nacional la lucha contra el SIDA y dispuso que las autoridades sanitarias debían desarrollar programas destinados a detectar y diagnosticar la enfermedad, así como gestionar los recursos necesarios para financiarlos, las que debían ser solventadas por la Nación y los respectivos presupuestos de cada jurisdicción.

Se entendió que el accionar del Estado de incumplir o cumplir mal con la obligación de suministrar medicamentos para el tratamiento de las enfermedades constituía una omisión que violaba los derechos a la vida, a la salud reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos.

Por su parte la CSJN entendió que el Estado Nacional estaba obligado a proteger la salud pública pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida, derecho natural de toda persona, además de estar garantizado en la CN a partir de la reforma del '94 en el art. 75 inc. 22, también en los arts. 14,18, 19 y 33. Del mismo modo en el XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de

la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 12 del Pacto Internacional de DESC

De acuerdo a ese marco dice la CSJN que la protección del derecho a la salud es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria. Entiende fundado el reproche de la actora de que el Estado no dio acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, teniendo en cuenta que el rol de autoridad de aplicación asignado por la ley 23.798 le fue dado al Estado Nacional como responsable del cumplimiento de la norma en todo el territorio de la República Argentina. En dicho sentido, carecía entonces de razonabilidad que el Estado Nacional se desligue de su responsabilidad afirmando que eran las provincias las que imposibilitaban el cumplimiento del programa contra el SIDA al no enviar en tiempo y forma la información para brindar la atención a los enfermos. Ese incumplimiento no eximía al gobierno nacional, ni óbice de responder frente a los damnificados. Ello en el entendimiento de que la problemática del SIDA no se circunscribía a una provincia en particular o a varias de ellas sino que afectaba a la vasta extensión territorial de nuestro país.

Concluye que la responsabilidad del Estado Nacional no se agota con la entrega de medicamentos a los hospitales de todo el país, sino que debe velar porque eso se cumpla en su carácter de responsable primario, y si ello no ocurre las asociaciones o personas afectadas podrán requerir su cumplimiento ante los tribunales.

f) Conclusión.

El sacrificio del contribuyente y el derecho de los ciudadanos a participar en los beneficios de la sociedad que se financia con sus impuestos son valores que deben mantener un delicado equilibrio.

A luz de nuestra experiencia y del estado de la realidad social que vivimos se puede afirmar que hasta ahora, no hubo sistema político o económico, que haya demostrado una capacidad claramente superior para promover los derechos económicos y sociales.

Proteger derechos cuesta dinero y resulta imposible protegerlos y exigirlos sin contar con fondos públicos.

Es necesario a esos fines promover la creación de riqueza; sobre la base de un régimen tributario que genere recursos progresivos (preferentemente) en línea con el principio tributario de la capacidad contributiva en términos de igualdad fiscal, entendida como igualdad entre iguales, o igualdad en iguales circunstancias, permitiendo que bajo condiciones análogas se apliquen tributos idénticos y que el impuesto actúe sobre los

contribuyentes de igual modo. De la garantía de igualdad surge la implícita garantía de capacidad contributiva, donde pagan el mismo impuesto quienes tengan la misma capacidad económica de pago.

Un sistema que desconozca el principio de igualdad fiscal, y no grave la real capacidad contributiva, o que establezca exenciones o beneficios impositivos sin suficiente justificación, constituye el mayor estímulo a la evasión fiscal, y desaliento al deber de contribuir, en tanto no se vea que el tributo impuesto recaiga por igual sobre todos aquellos que se encuentren en idénticas condiciones de capacidad contributiva. Su respeto, que no es otra cosa que el respeto a la seguridad jurídica y propiedad, tendrá como resultado un Estado fuerte que vele por la protección de los derechos sociales –de expreso reconocimiento constitucional- sobre una política financiera eficiente en la asignación de partidas y prioridades de gastos, en aras del mejor rol distributivo del Estado.

El principio de congruencia en el sistema penal acusatorio

*Por Emanuel Campos*²⁰⁵

a) Introducción.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.), órgano supremo del Poder Judicial y encargado en delinear la política que ha de llevarse en nuestra República, como poder del Estado, sistemáticamente viene marcando un camino hacia un sistema procesal acusatorio, tanto en la faz civil como penal. En ésta última materia, lo podemos apreciar por fallos que han marcado precedentes, que resultan obligatorios para aquellos tribunales que se encuentran por debajo del cimero cuerpo.

El fallo “Tarifeño” –año 1989- (por cuanto la Corte estima que son exigencias de las garantías del debido proceso y defensa en juicio, la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia por parte de jueces naturales) fue génesis y un disparador en el tema; más cerca de nuestros tiempos encontramos al fallo “Quiroga”-2004- (proclamó la Corte que según nuestro régimen constitucional, los jueces conocen o examinan, lo que los fiscales les requieren, para luego decidir. En consecuencia, les está vedado a los jueces actuar si previamente los fiscales no promueven su intervención). En “Llerena” -2005-, sentenció que la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicio o interés de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación con las partes como con la materia, y que esa ajenidad del juez a los intereses contrapuestos es la base del sistema adversaria penal, que ahora se postula como bandera del moderno enjuiciamiento penal.

Esta línea de política judicial hacia un sistema acusatorio adversarial, ha tenido recepción mediante la modificación de numerosos sistemas procesales provinciales en nuestra República, en sintonía con un proceso reformista que se viene discutiendo y materializándose en Latinoamérica toda. La provincia del Chubut no ha sido ajena, y mediante un pacto de estado firmado por los tres poderes de gobierno, a partir del año 2006 comenzó a regir un nuevo ordenamiento procesal penal de corte acusatorio (Ley XV-9, antes Ley nro. 5478).

²⁰⁵ Abogado, docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Especialista en derecho penal, Doctorando en derecho.

En materia jurisdiccional, la modificación más importante fue la adopción de un sistema de audiencias orales para todas las etapas del proceso penal, a fin de tomar en el marco de ellas las decisiones, en reemplazo de los escritos cosidos en los expedientes. Mediante éste sistema, básicamente, las partes presentan al juez –tercero imparcial- sus pretensiones y fundamentos, quien resuelve en el contexto del mismo acto procesal. En materia de gestión, la transformación se operó en la separación de las funciones jurisdiccionales respecto de las administrativas, quedando éstas últimas a cargo de una Oficina Judicial, con una adecuada gestión de los recursos humanos a fin de organizar las audiencias, y garantizar la presencia de los actores esenciales: jueces, fiscales, defensores, imputados y damnificados, como así también personal para el registro de las audiencias y tramitación de las carpetas judiciales.

Este giro copernicano del proceso penal, trajo aparejado nuevas formulaciones de principios que integran el debido proceso, entre ellos, el de congruencia (correlación entre acusación, defensa y sentencia). Así, el abordaje del tema se centra en el objeto litigioso del proceso en crisis, integrado por los hechos afirmados y el derecho alegado, lo que integra la causa petendi y que debe ser sometido a contradicción. Ergo, a partir de la acusación fiscal, analizar la determinación del objeto que fijará las bases del juicio (plataforma fáctica), y la congruencia entre la defensa en juicio, correlación entre acusación y sentencia, y finalmente, congruencia y sentencia.

El estudio del principio ha sido puesto bajo la lupa por numerosos maestros, quienes han resaltado su transcendencia en el marco de los procesos penales –antiguos y en ciernes-, y no obstante resultar casi pecaminoso citar alguno en particular, tomo el atrevimiento, en aras de plasmar mi honestidad intelectual con el lector. Así, un ferviente pionero en reformas procesales penales sobre Latinoamérica, el Prof. Alberto Binder, reafirma la jerarquía cuando nos enseña que el principio de congruencia es uno de los principios estructurales que fundan un juicio republicano, y surge del mismísimo principio de inviolabilidad de la defensa, previsto en la Constitución²⁰⁶.

No quedarán fuera de estudio principios como el *iura novit curia*, y los derechos implicados: inviolabilidad de la defensa en juicio, el debido proceso, el principio acusatorio y la imparcialidad del juzgador.

b) Breve reseña histórica. Modelos procesales en nuestro país.

²⁰⁶Binder, A., Introducción al derecho procesal penal, Ed. A-Hoc, Bs. As. 1999, pág. 163.

Si comenzamos hablando del modelo de juzgamiento penal que rige en nuestra República, brevemente debemos diferenciar tres períodos, en los que se plasmaron ideales históricos y políticos, claramente distintos. El primero, referido a la necesidad del poder constituyente originario, tales como los primeros códigos y leyes orgánicas; el segundo que tuvo génesis en el movimiento reformador de la escuela de Córdoba (década de los años treinta) y finalmente; el tercero correspondiente a partir del restablecimiento de nuestro orden democrático en diciembre de 1983.

El modelo de enjuiciamiento vigente en nuestros territorios en la época de la colonización, vale decir desde 1492, encontraba correspondencia con el denominado sistema inquisitivo. Testimonio de ello resulta la Recopilación de Indias de 1680, que recogían el sistema determinado en las antiguas Partidas²⁰⁷.

A partir de 1810, y con la marcada influencia de la Revolución francesa, los hombres que se alzaron en contra del por entonces gobierno español, comenzaron a implementar por estas tierras un programa orgánico que evidenciaba un cambio integral de las condiciones políticas hasta entonces imperantes. Así, diversos reglamentos sobre organización judicial, seguridad individual y libertades básicas se sucedieron en el período comprendido entre 1811 y 1819, evidenciando la voluntad de contar con una normativa actualizada y liberal, lo que también se advierte en las reformas propiciadas por Bolívar y por los revolucionarios mexicanos. El rechazo hacia el sistema inquisitivo constituyó una nota común en el proceso de emancipación americana²⁰⁸.

Los años anteriores a la Convención Constituyente de 1853, una vez superada la guerra con España, dieron origen a diversas luchas intestinas y al caudillismo, hechos que en la práctica significaron un retroceso en el reconocimiento de los principios enarbolados por los primeros gobiernos patrios²⁰⁹.

Allá por el año 1862, la Ley 27 creó los juzgados federales y estableció la composición de la Suprema Corte de Justicia, que jurara en 1863. En tanto que en el mismo año se dictó la Ley 48, aún vigente, que estableció la competencia de los tribunales federales, el recurso extraordinario de inconstitucionalidad y el habeas corpus. Ese año también se sancionó la Ley 50 sobre Procedimiento de los Tribunales Nacionales, que estableció algunas modificaciones al procedimiento penal vigente en la Provincia de Buenos Aires; entre las que pueden mencionarse: el derecho del procesado a nombrar

²⁰⁷Vélez Mariconde, A., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Lerner, Córdoba 1982, T. I, pág. 158.

²⁰⁸Vázquez Rossi, J., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 1995, T. I, pág. 146.

²⁰⁹Vázquez Rossi, J., *ob. citada*, pág. 187.

defensor después de la indagatoria, y que antes de dictarse sentencia se efectuara un informe in voce de las partes en una audiencia a donde podía asistir el procesado y ser oído en su defensa²¹⁰.

En 1939, la denominada escuela de Córdoba, a través de su Universidad, dio origen a un segundo período importante de codificación en nuestro país, mediante el Código que entró en vigencia en 1940 y prontamente se adoptó en el centro y norte del país, al instituir el debate oral y romper los moldes inquisitivos, en procura de un sistema de enjuiciamiento penal acorde con la Constitución. Este movimiento, según Maier, mantuvo su vigor transformador, hasta el año 1970, aproximadamente. Con el restablecimiento de la democracia en Argentina, se inició un tercer período transformador, al cual reglón seguido dedicaré una prieta síntesis.

La década de los años 80, se vio marcada por un proceso de democratización que se extendió a diversos países de América, los cuales se encontraban bajo similares circunstancias políticas. Ello se tradujo como disparador desde el ámbito procesal, en la aparición de un Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, obra en la que se destacaron juristas como Ada Pellegrini Grinover (Brasil) y Julio B. Maier (Argentina), al cual le siguieron en sintonía los de Guatemala, Costa Rica y el Salvador, y otros muchos más adversariales, como los de Perú, Colombia y República Dominicana.

En la Argentina, el orden cronológico responde a un primer proyecto denominado Maier (1986) –por la autoría del enorme jurista–, y que fuera seguido por los códigos de las provincias por saber: Córdoba, Tucumán, Buenos Aires, Chaco y Catamarca. Más cerca de nuestros tiempos, surgieron los proyectos para la Patagonia, que implementaron las cuestiones más novedosas en materia de litigación adversarial, tales como el de nuestra provincia del Chubut (2006), y los de Neuquén y Río Negro (todos ellos con un denominador común: la incidencia del anteproyecto INECIP 2004).

Los postulados de las reformas mentadas anteriormente, responden a diversos ejes temáticos, tales como: principio acusatorio, investigación a cargo del Fiscal, redefinición del rol respecto a los sujetos esenciales que interviene en el proceso penal, simplificación del trámite, mayor eficacia en la persecución de los delitos, acortamiento de los plazos razonables del proceso, procedimiento para asuntos especiales y complejos, reserva de los jueces al rol estrictamente jurisdiccional y consecuentemente imposibilidad de realizar tareas de investigación (propias del fiscal), extender la oralidad e inmediatez a todas las

²¹⁰Vélez Mariconde, A., ob. citada, pág. 191.

etapas del proceso mediante audiencias y por último, la participación del ciudadano en el juzgamiento del delito.

b.1) Nociones elementales del principio. Historia.

Existe una necesaria correlación entre acusación y sentencia en el moderno sistema procesal, y ello deriva directamente del derecho a ser informado por el hecho en el cual una persona es acusada y el derecho que le asiste a su defensa, ésta cuestión que parece hasta tautológica, no siempre ha sido así y es un motivo por el cual el principio de congruencia en el proceso penal adquiere especial relevancia en nuestros tiempos modernos.

Así, lo señala con razón Langevin, cuando afirma que la violación al principio suele interpretarse como una conculcación meramente formal, a través de la cual se intenta colocar al acusado en una mejor posición por meras omisiones en la descripción de los hechos o el derecho. Esta impresión primaria revela el desconocimiento de la verdadera dimensión del principio, que si bien se dirige al juzgador como un límite infranqueable de la sentencia, constituye fundamentalmente una expresión del derecho de defensa en juicio, cuyo ejercicio obviamente exige previamente el ser informado de la acusación²¹¹.

Como se verá, el principio bajo examen no resulta desconocido para la historia del ámbito procesal penal, sin embargo, la actual puesta en escena y consideración ha tenido lugar con la implementación de los denominados códigos modernos, con fuerte base acusatoria, los que impiden vulnerar premisas básicas como la inicial delimitación y respeto del objeto procesal. En sintonía, nuestro código ritual de la provincia del Chubut, lo recepta expresamente en su artículo 332, el cual reza lo siguiente: “...Sentencia y acusación...La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho imputado con sus circunstancias y elementos descriptos en la acusación y en el auto de apertura o, en su caso, en la ampliación de la acusación...”.

Hecha ésta breve presentación, y tal cual lo manifestara, el principio ha recibido aceptación en la historia, y de ello me ocuparé en los dos párrafos seguidos.

Son varias las reglas que podemos citar y que otorgan base al principio de congruencia, latinajos históricos, tales como: “...ne procedat iudex ex officio; ne eat iudex ultra petita partium; iudex allegata et probata decidere debet (el juez no proceda de

²¹¹Langevin, H., *Nuevas Formulaciones del Principio de Congruencia: Correlación entre Acusación, Defensa y Sentencia*, Ed. Fabián Di Plácido, Bs. As. 2008, Introducción.

oficio; el juez no vaya más allá de las cosas pedidas por las partes; el juez debe decidir según lo alegado y probado)...”. Langevin –siguiendo al autor mexicano Becerra Bautista-, enseña que el principio tiene su origen en el sistema formulario romano, donde el juez quedaba vinculado a los términos de la fórmula, por lo que si la intentio del actor no estaba justificada, debía absolver al demandado. Se denominaba intentio a la parte de la fórmula destinada a enunciar la razón y apreciación unilateral que el actor hacía valer en juicio del punto litigioso, la que sería objeto de la declaración del juez y podía ser aprobada (si paret) o rechazada (si non paret) ²¹².

Otro autora, señala que el origen de la regla no tiene que ver con el sistema acusatorio, sino que la ratio histórica de la norma obedece a la institución del jurado y más concretamente al temor del legislador de que, de no limitar cuantitativamente la actividad decisoria de la sección de derecho, pudiera el jurado pronunciar injustificados veredictos absolutorios, únicamente motivados por el temor de los jueces legos a que, de pronunciar un veredicto de culpabilidad, pudiera el tribunal posteriormente imponer una pena excesivamente rigurosa²¹³.

b.2) Estudio y alcance de la cuestión.

En sintonía con el título, refiero que el estudio de la figura, obedece a dos cuestiones diferenciadas –siguiendo el pensamiento de Angela Ledesma-; por un lado encontramos a lo que podemos definir como marco teórico, que resulta ser el estudio del objeto litigioso (desarrollado mayoritariamente en el ámbito del derecho procesal civil), y que en el ámbito del derecho procesal penal se limitó a la integridad del enjuiciamiento penal y al ejercicio del derecho de defensa y objeto de la prueba. Dicha autora señala en su obra que en ambas ramas, la temática fue circunscripta a la discusión de los hechos y a la cuestión de la calificación jurídica y el principio iura novit curia, como una cosa indiscutible; salvo los autores que dieron comienzo a las teorías modernas, como Maier, Caferatta Nores, Vázquez Rossi y Binder, los cuales esbozan el tema a partir de la prohibición de “sorpresa” al imputado respecto de la acusación. Así, la regla aun generalizada sigue siendo que el principio de congruencia –derivado del derecho de defensa en juicio- alcanza a la correlación de los hechos de la acusación con los de la sentencia, y no al derecho.

²¹²Langevin, H., ob. citada, pág. 27.

²¹³Ledesma, A., El Derecho como objeto del litigio penal, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2016, pág. 137.

La otra cuestión señalada por la distinguida autora, y tal vez más importante por sus consecuencias prácticas, es el avance en el reconocimiento de los principios, derechos y garantías del proceso penal moderno, en consonancia con las nuevas constituciones y el derecho supranacional –también llamado convencional-. Esta superación echó por tierra los modelos de enjuiciamiento penal inquisitivos o reformados (también llamados mixtos, como el código Levene que mantuvo vigencia en nuestra provincia hasta el año 2005), con la nueva idea base de que se procure un equilibrio de posiciones del Estado como titular de la acción penal pública y el imputado como sujeto perseguido²¹⁴.

En éste sentido, nuestro ordenamiento procesal chubutense, deja ello por sentado mediante la inclusión expresa de dos normas, para mayor ilustración, el art. 17 (Igualdad entre las partes. Imparcialidad. Se garantizará la intervención de las partes con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución de la Nación y de la Provincia, y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten. Los jueces no podrán mantener ninguna clase de comunicación con las partes o sus abogados, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, sin dar aviso a todas ellas. La infracción a esta norma se considerará mal desempeño.); y el art. 18 (Separación de la función de investigar y de juzgar. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal a cargo del Ministerio Público Fiscal. Si los jueces sustituyeran de algún modo la actividad propia de los fiscales, se apartarán inmediatamente del conocimiento de la causa.).

c) Conceptos básicos.

Congruencia, etimológicamente deriva del latín (*congruere*), sinónimo de concordar, coincidir, conforme respecto a algo. Resulta interesante el seguimiento que le imprime a la connotación de la palabra, un autor ya citado –Langevin-, quien citando a Jaime Guasp, define a la congruencia como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto, teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre la que recae y el título que jurídicamente lo perfila. Al respecto, cita tres clases de

²¹⁴Ledesma, A., ob. citada, págs. 24/25.

incongruencias: cuando el fallo contiene más de lo pedido (incongruencia positiva), o sea, cuando la sentencia concede o niega lo que nadie ha pedido, dando o rechazando más, cuantitativa o cualitativamente, de lo que se reclama. La incongruencia negativa, que se da cuando la sentencia omite decidir sobre alguna de las pretensiones procesales, y la mixta, combinación de la positiva y negativa, que sucede cuando las sentencias fallan sobre un objeto diferente al pretendido. Las tres clases quedarían dentro de las expresiones: *ultra, citra y extra petita*: más allá, menos y fuera de lo pedido²¹⁵.

Cuando Vázquez Rossi nos habla de los requisitos que debe contener toda sentencia para que puede ser tenida como válida, también nos señala a la congruencia, tratada principalmente en relación al proceso civil (“una conformidad entre el contenido de las resoluciones judiciales y el objeto de peticiones –pretensiones y oposiciones- que delimitan el tema decidendum. La comparación entre lo reclamado y lo decidido, debe guardar una estricta correspondencia). Y el autor, siguiendo a Clariá Olmedo, manifiesta que la regla de congruencia o de relación, con su significado estricto dentro del proceso penal sólo hace referencia al campo de lo fáctico, mostrándose como una indispensabilidad de coincidencia o conveniencia entre el supuesto de hecho imputado y el contenido fáctico de la decisión, siendo lo importante en éste aspecto la correlación entre la imputación, concretada en la acusación, y la decisión final, aunque sobre éste punto también debe señalarse que la decisión jurisdiccional no puede exceder o modificar los planteos jurídicos de la acusación²¹⁶.

El principio de congruencia se encuentra comprendido dentro de la garantía nominada como derecho de defensa en juicio y protegida por el art. 18 de la CN, constituyendo una franca violación a ese principio la falta de correlación entre pretensión punitiva y disposición jurisdiccional. Langevin, en su obra recuerda a Vélez Mariconde, el enorme maestro cordobés, para quien el principio de defensa en juicio se traduce en una serie de reglas procesales que está íntimamente vinculadas entre sí, entre las cuales destaca como necesarias: 1) la oportuna intervención del imputado; 2) la existencia de un proceso que asegure el contradictorio; 3) que el proceso tenga por base una imputación concreta, que en el juicio plenario debe estar contenida en una acusación formal (ne procedati udex ex officio); 4) la correcta intimación de la imputación, incluso en el caso de que la acusación sea ampliada; y 5) la correlación entre la acusación intimada y la

²¹⁵Langevin, H., ob. citada., pág. 31/vta.

²¹⁶Vázquez Rossi, J., ob. citada, pág. 455/vta.

sentencia. El citado autor, esta vez, siguiendo la opinión sobre el principio de Cafferata Nores, expone que legalmente se justifica por la circunstancia de que el hecho que se atribuye al encartado marca el límite de la jurisdicción del tribunal de juicio, y también por la sentencia debe fundarse en el contradictorio, el cual desaparece si se condena por un hecho diverso y del cual el imputado no pudo defenderse, probando y alegando lo que consideraba que hacía a su derecho, por no haber sido oportunamente informado de él. De allí, pues, que sea exacto que la mutación esencial del *factum* contenido en la acusación es incompatible con la legítima intervención del imputado en el debido proceso, impuesto por la Constitución Nacional como presupuesto de la pena –art. 18 CN-²¹⁷.

c.1) La relación del binomio hecho – derecho.

A propósito de nuestro principio bajo examen, el análisis de la congruencia –en consonancia con prestigiosos autores-, comienza a partir del binomio que encabeza nuestro título. Para la doctrina mayoritaria, está vedado al juzgador la mutación de los elementos de corte fáctico, y sí cuenta con facultades para echar mano en el encuadre jurídico (en virtud del latinazgo *iura novit curia*), lo que se denomina en la teoría la subsunción normativa o juicio de tipicidad, es decir, la adecuación de los hechos de la realidad o plano ontológico en el ámbito del derecho. Esta se realiza en dos etapas, una preliminar y provisoria, y otra en la faz de sentencia, como corolario del juicio.

Si recurrimos a ilustres pensamientos, sobre el tema podemos citar al maestro italiano recientemente fallecido, el Prof. Michele Taruffo, para quien determinar el hecho en el contexto de la decisión significaba esencialmente definir cuál es el hecho “concreto” o “histórico” al que se aplica la norma idónea para decidir el caso, señalando el autor que en dicho análisis, el juzgador debe ir en busca de establecer cuales son aquellos que tienen la relevancia jurídica que ante él se presentan²¹⁸.

En doctrina, como ocurre en ciertas ocasiones, se ha caído en saco roto, y se ha llegado a posiciones extremas. Por un lado, autores que piensan que en el binomio existe una separación entre las cuestiones de hecho y derecho, mientras otros tantos entienden que la comunión entre ellos resulta indisoluble. Esta última posición es la que ha ido ganando terreno en el campo jurídico, en virtud de que cualquier error en la individualización del hecho conllevará necesariamente a una aplicación del derecho.

²¹⁷Langevin H., ob. citada, pág. 41/vta.

²¹⁸Taruffo, M., La prueba de los hechos, Ed. Trotta, Madrid, 2011, pág. 96.

Precisamente fue Taruffo quien, en sus estudios, advirtió sobre el problema que planteaban los viejos silogismos en la formulación de las sentencias y propugnó una visión superadora sobre el binomio.

Nuestra C.S.J.N. se ha expedido sobre el tema, dejando por sentado lo estéril que se torna la discusión por la fractura del binomio, tomando posición y manifestando al respecto lo siguiente: "...la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho sustantivo. Ello obedece, en el ámbito procesal, no solo a que una falsa valoración de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal –como puede ser el beneficio de la duda- puede considerarse como una cuestión de hecho. Por consiguiente, esta indefinición se traduce, en la práctica, en que el tribunal de casación, apelando a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, quedaría facultado para conocer lo que considere cuestión de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho. Semejante arbitrariedad contraría abiertamente al bloque constitucional, pues no responde al principio republicano de gobierno ni mucho menos satisface el requisito de la posibilidad de doble defensa o revisabilidad de la sentencia de los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional..." (C.S.J.N., Fallo 328:3399).

c.2) El objeto litigioso en el proceso y la congruencia.

Continuando el análisis de distintos autores nacionales clásicos, en relación al principio y el objeto del proceso, Julio Maier nos habla de correlación entre la imputación y el fallo como una regla que fija el alcance del fallo penal, su ámbito máximo de decisión, que se corresponde con el hecho descrito en la acusación –eventualmente: el auto de apertura del juicio o procedimiento principal-, con todas sus circunstancias y elementos, tanto materiales como normativos, físicos y psíquicos. El maestro cordobés, señala que la base de la interpretación está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que, en la sentencia, signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con transcendencia en ella, sobre el cual

el imputado y su defensor no se pudieron expedir, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona el principio estudiado²¹⁹.

Alberto Binder, es otro de los autores que siguen este principio como derivado del derecho de defensa, resultando para el correcto ejercicio de ésta, la precisión y la claridad de la acusación, atento que es la pieza que fija el objeto del juicio mediante el relato de los hechos que realiza el fiscal. Subsidiariamente, está fijado por la calificación jurídica que propone la acusación. Existe un principio, denominado “principio de congruencia entre la acusación y la sentencia”, según el cual la sentencia solamente puede absolver o condenar por los hechos que han sido objeto del juicio, es decir, aquellos hechos que han sido objeto del juicio, es decir, aquellos hechos que han sido introducidos al juicio por medio de la acusación. El principio de congruencia es uno de los principios estructurales que fundan un juicio republicano, y surge del principio de inviolabilidad de la defensa, previsto en la Constitución. Por lo general, se ha entendido que éste principio de congruencia guarda relación con los hechos que constan en la acusación, que no pueden ser modificados, excepto mediante el mecanismo particular –la ampliación de la acusación-²²⁰.

d) Inviolabilidad de la Defensa y congruencia.

Existe de parte de nuestra Constitución, una preocupación por proteger al individuo del eventual uso arbitrario del poder penal. Se ha preocupado por establecer un juicio, por establecer el principio de inocencia, por asegurar la independencia de los jueces. Todas esas normas tienden a mantener el proceso penal dentro de un ámbito de racionalidad y de “juego limpio” (fair trial). Sin embargo, existe además un principio garantizador tan básico que, si no se le da cumplimiento, las restantes garantías quedan en letra muerta o dejan de cumplir su función específica. Ese principio es el derecho intangible que tiene todo ciudadano a defenderse de los cargos que se le realicen en el curso de un proceso penal. El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de

²¹⁹Maier, J.A.B., *Derecho Procesal Penal Argentino*, ed. Hammurabi, Bs. As., 1989, T. 1b, pág. 336.

²²⁰Binder, A., obra citada, pág. 159.

defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal²²¹.

Señala Ferrajoli que el desplazamiento de la carga de la prueba sobre la acusación comporta, lógicamente, el derecho de defensa para el imputado, expresado en la axioma *nulla probatio sine defensione*. Esta garantía –identificada como la principal condición epistemológica de la prueba–, consiste en la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla por parte de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se haya activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas. La *defensa*, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el *contradictorio* entre hipótesis de acusación y de defensa, y las pruebas y contrapruebas correspondientes. Y para que ésta contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio²²².

El principio de congruencia está dirigido a delimitar fácticamente las facultades resolutorias del tribunal, como mecanismo idóneo para garantizar el juicio previo. La alteración de los elementos esenciales de la acusación, a partir de la introducción de hechos no intimados, es decir, sobre los cuales no existió oportunidad de defensa, prueba y discusión, conduce a la violación del derecho de defensa en juicio. La doctrina procesal moderna interpreta que la sentencia no solo tiene que ser congruente, en el sentido de que ha de dar respuesta a la totalidad del objeto del proceso y no a objetos distintos, sino que, además la llamada “correlación entre acusación y sentencia” hace esencial referencia a la necesidad de respetar el derecho de defensa, es decir, a no poder condenar por hechos frente a los que, aunque formando parte del mismo objeto, el acusado no haya podido defenderse fáctica o jurídicamente²²³.

Si los términos de comparación entre la acusación y la sentencia excluyen el encuadre legal de los hechos se ve seriamente afectado el derecho constitucional contemplado por el art. 18 de la C.N., y esto ocurre porque en el análisis de la correlación

²²¹Binder, A., ob. citada, pág. 151.

²²²Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, pág. 613/vta.

²²³Ledesma, A., obra citada, pág. 146/147.

también se excluye a la defensa a efectos de verificar si la acusación fue debidamente contestada. Hoy día se entiende que la congruencia no debe verificarse en los dos puntos tradicionales sino que debe necesariamente comprender también a la tercera pata del proceso: acusación-defensa-sentencia es la tríada que debe recorrer el principio de congruencia para verificar el respeto a la defensa en juicio. Y la única manera de hacerlo es constatar la existencia de un debate previo entre la acusación y defensa sobre la cuestión que se pretenda resolver. La defensa no se satisface con la mera posibilidad de ejercerla, sino que es menester un ejercicio real, efectivo y cierto de ése ministerio²²⁴.

d.1) Correlación entre acusación y sentencia. Iura novit curia.

Señala el Prof. Maier que la reglamentación rigurosa del derecho a ser oído, no tendría sentido si no se previera, también, que la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que ha sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído (principio de correlación entre la acusación y la sentencia). Sin embargo, la regla no se extiende, como principio, a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos. El tribunal que falla puede otorgar al hecho acusado una calificación jurídica distinta a la expresada en la acusación (*iura novit curia*). Lo que interesa, es el acontecimiento histórico imputado, como situación de vida ya sucedida (acción u omisión), que se pone a cargo del alguien como protagonista, del cual la sentencia no se puede apartar, porque su misión es, precisamente, decidir sobre él. La regla que impone a la acusación la necesidad de calificar jurídicamente el hecho imputado, cumple el papel de orientar la actividad defensiva, y a pesar de que se permita, que la sentencia se aparte del significado jurídico preciso que pretende la acusación, la regla mencionada no tolera, sin lesión del principio que es su punto de partida, una interpretación irrazonable en contra del imputado²²⁵.

Ahora, en palabras de Alberto Binder, si nos atenemos a un concepto amplio de “defensa” veremos que tampoco tiene el tribunal libertad completa para modificar la interpretación jurídica de la imputación. En consecuencia, si bien en principio el tribunal conserva una cierta libertad para aplicar el Derecho y para apartarse de la calificación jurídica realizada en la acusación o en el auto de apertura a juicio, se debe entender como

²²⁴Langevin, H., obra citada., pág. 103.

²²⁵Maier, J.A.B., ob. citada, T. 1b, pág. 337/338.

una violación del derecho de defensa el hecho de que la calificación jurídica que hace el tribunal de los mismos hechos resulta sorpresiva y no fue tomada en cuenta en ningún momento del desarrollo del juicio o los debates particulares. Esta limitación del principio *iuria curia novit* deriva directamente del principio, garantizado por la Constitución, de la inviolabilidad de la defensa en juicio²²⁶.

d.2) Iura novit curia y ley penal sustantiva.

Maier advierte que existen vinculaciones entre el principio y la ley penal de fondo, atento que resulta ella la que proporciona los criterios para conocer si una circunstancia fáctica o elemento de otro tipo tiene importancia para el fallo o carece de importancia para él. En principio, el hecho punible básico está comprendido tanto en el delito agravado cuanto en el privilegiado (ej. Homicidio agravado, art. 80 CP, 81 inc. 1° a y el inc. 2°), por lo que la acusación por cualquiera de éstos últimos permitiría concluir, en la sentencia, imputando el hecho punible básico, al menos con la prevención anticipada de advertir a quien se defiende de la posible variación del punto de vista jurídico en su perjuicio (acusación por infanticidio y sentencia por homicidio simple). Aclara el maestro cordobés, que ello sólo es posible cuando el hecho punible básico (homicidio) está incluido en los agravados o privilegiados (homicidio agravado o infanticidio), esto es, cuando las agravantes o los privilegios sólo agregan circunstancias a la norma básica (prohibición de matar). Agrega que no ocurre lo mismo, en cambio, cuando las figuras son *secantes*, esto es, cuando los elementos de una no están íntegramente incluidos en la otra, lo que regularmente sucede con normas complejas que prohíben comportamientos de ordinario permitidos (cita al acceso carnal, por ejemplo), como el caso del abuso sexual y el estupro. Si se acusa por un delito, no se puede en la sentencia pasar sin más a la otra calificante, porque ello provoca indefensión.

Otro caso que señala, es el de las prohibiciones alternativas que incluyen comportamientos numéricamente indiferentes (mandatos alternativos), aquellas que vedan varios comportamientos diversos, cuya consumación delictual sólo requiere que uno de ellos se perpetre y, al mismo tiempo, cuya consumación conjunta (varios comportamientos) no multiplica los hechos punibles. Un caso que citaba era la figura del derogado art. 244 CP –espionaje– (Ley nro. 24.198), el cual contemplaba diferentes comportamientos y el hecho de llevar a cabo cualquiera de ellos implicaba la prohibición

²²⁶Binder, A., obra citada, pág. 159/vta.

de la norma, pero aun así realizando todos de forma conjunta, no multiplicaban la infracción en el sentido del concurso material de hechos punibles (art. 55 CP). En términos procesales, el caso citado impide la condena por un comportamiento alternativo que no haya sido objeto de la acusación, pero en caso de recaer absolución o condena por el comportamiento atribuido, no se podrá llevar a cabo un nuevo juicio por otro comportamiento alternativo del delito genérico –espionaje–, por imposición de la regla *bis in ídem*. Otro ejemplo de alternatividad que cita, es el concurso de agravantes en un mismo nivel –vg. alevosía y ensañamiento en el caso del homicidio, art. 80 inc. 2do CP–²²⁷.

Existen además de los citados, un grupo de casos, los cuales Maier denomina de relación subsidiaria, expresa o tácita, conexión que se caracteriza porque unas infracciones son residuales respecto a otras. Aquí, la acusación por el hecho punible más grave contendrá la imputación de la infracción residual (ej. El robo con fractura –art. 167 inc. 3ro CP– comprenderá la violación de domicilio –art. 150 CP–), de manera tal que si fracasa la imputación principal, se podrá condenar por la subsidiaria o residual. Por último, señala que caso similar lo constituyen las infracciones progresivas (ej. Las lesiones en sus diversos grados y el homicidio), equiparables también a la progresión existente entre los delitos básicos, los agravados y los privilegiados, resolviéndose los casos polémicos con los criterios anteriormente expuestos. Estos casos tratados anteriormente, responden a las relaciones con la ley penal de fondo y que se estudian en el concurso de leyes o concurso aparente²²⁸.

El penalista argentino Prof. Zaffaroni denomina a estos casos unidad de ley, y nos explica los principios fundamentales mediante los cuales, a su entender, se resuelven. Señala que la concurrencia aparente o impropia, contempla supuestos en que si bien la acción es abarcada por dos o más tipos penales considerados aisladamente, cuando se los considera conjuntamente –en sus relaciones– se verifica que una de las leyes concurrentes interfiere la operatividad de las restantes, por lo que se excluye su aplicación al caso, aunque en definitiva lo haga porque incluye las lesiones de éstas. Resulta equívoco llamarlo concurrencia de leyes –en su opinión–, pues en verdad se discute si opera una concurrencia que no se resuelve por la regla general, o si no opera la concurrencia. No parece razonable llamar de ese modo a un supuesto en que una ley desplaza a otra, puesto

²²⁷Maier, J.A.B., ob. citada, T. 1b, págs. 339/341.

²²⁸Maier, J.A.B., ob. citada T. 1b, pág. 342.

que más correcto es llamarlo unidad de ley, por oposición a *la pluralidad de leyes*, que tiene lugar en el concurso ideal. Los casos de unidad de ley se resuelven por medio de tres principios fundamentales, que son aceptados por la mayoría de los autores: especialidad, consunción y subsidiaridad. La tradición agregaba un cuarto principio, el de alternatividad, pero se le niega –según el autor– tal jerarquía, puesto que sólo puede concebirse que dos tipos permanezcan en paralelos y excluyentes como resultado de un error o defecto legislativo, por lo que es bastante razonable afirmar que las fallas del legislador no pueden ser tomadas como punto de partida de una teoría general.

Fuera de la hipótesis del error legislativo, señala que la alternatividad sólo puede aparecer en forma de subordinación con la estructura lógica de la especialidad, por lo que pierde autonomía. En relación a los principios enunciados, cuando se relacionan dos o más tipos, uno de ellos excluye al otro en función del principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*) si abarca las mismas características que en el otro, tomándose en cuenta la lesividad. El tipo con mayor número de características es especial respecto del otro, que es general, presentándose una relación de encerramiento conceptual. Otro principio resulta ser el de consunción (*lex consumens derogat legi consuetae*) es la que se establece entre los tipos cuando uno encierra al otro, pero no porque lo abarque conceptualmente –caso anterior–, sino porque consume el contenido material de su prohibición. Esta relación tiene lugar en el caso del hecho posterior, que unos llaman impune o copenado, resultando un supuesto más de unidad de acción y no de una nueva conducta (ej. Hay consunción cuando en el homicidio tiene lugar un daño en las cosas). El tercer y último principio, es el de subsidiaridad (*lex primaria derogat legi subsidiare*). Es el fenómeno jurídico valorativo que tiene lugar cuando la tipicidad correspondiente a una afectación más intensa del bien jurídico interfiere a la que abarcaba una afectación de menor intensidad. Así las cosas, podemos resumir de la siguiente manera: puede sostenerse que hay interferencia de la tipicidad apartada en los tres principios, porque las tres formas o principios de las relaciones típicas tienen como consecuencia el fenómeno de la interferencia, pero en tanto que en la especialidad se produce por un encerramiento conceptual y en la consunción opera por otro de naturaleza material, en la subsidiaridad tiene lugar por un efecto de una progresión de la afectación típica. Quedan en posición subsidiaria, los llamados hechos anteriores impunes, que comprenden los casos en que las etapas posteriores del iter criminis desplazan a las anteriores (actos ejecutivos o de tentativa, quedan subsidiados por el delito consumado; la complicidad queda subsidiada por la instigación, y ambas, por la autoría). En general,

señala el maestro que el criterio valorativo rector respecto de que es lo subsidiado, se extrae de la cuantía penal, que es la indicadora del grado de afectación, conminado con pena más grave, y por consiguiente, desplazando a los menos graves²²⁹.

e) Conclusiones.

Llegando a las últimas líneas, puedo afirmar sin hesitación alguna, que la idea que campeó desde sus primeras notas, fue acercar al lector un panorama -en muy prieta síntesis- sobre un tema sumamente complejo y apasionante de la rama derecho procesal y penal.

Los principios que exige el sistema procesal acusatorio en nuestra provincia del Chubut (art. 3ro) y el modo en cómo se va conformando el objeto procesal, agrega un plus para el estudio del título, atento que el código resultó un modelo pionero en nuestro país, en cuanto al respeto de los estándares de las garantías constitucionales en juego, y que actualmente, resultan ser la aspiración y deseos de otros modernos ordenamientos procesales.

Conformar el objeto litigioso del proceso resulta un camino progresivo y evolutivo, producto de toda la actividad que se desarrolla durante su camino tribunalicio, con el aporte y acción que llevan a cabo distintos operadores judiciales.

Así, podemos observar de como el fiscal en su solicitud de apertura de la etapa penal preparatoria –previa notitia criminis-, (art. 274 C.P.P.Ch.) comienza a delinear tímidamente los hechos fácticos y jurídicos que resultarán, a la postre, el meollo de la cuestión. Avanzando en la investigación, se perfeccionará la pretensión procesal mediante la correspondiente pieza acusatoria (291), fijando los hechos que se intentarán probar en el debate, resultando fundamental para ésta instancia la denominada audiencia preliminar, en virtud del control jurisdiccional que le ocupa al Juez penal en su rol de garante del debido proceso, por un lado, y como fijación de la plataforma fáctica que servirá de base al posterior debate en el juicio oral y público, ergo, los hechos por los cuales se producirá la prueba en aras de llegar a la verdad real que rige el proceso penal.

Elevada la causa mediante el auto de apertura al juicio (298), y delineado el binomio hecho-derecho sobre el cual versará el juicio, corresponderá a la Oficina Judicial (75) designar al Tribunal que tomará intervención en el pleito.

²²⁹Zaffaroni, E., Alagia, A. Y Slokar, A., Derecho Penal Parte General –Tratado-, Ed. Ediar, Bs. As. 2000, págs. 830/34.

Será la etapa de alegatos, el momento por cual el Ministerio Público Fiscal, eventual Querrela y la Defensa del imputado, fijarán mediante el contradictorio el marco de la decisión del Tribunal, ya lo sea sobre la acusación original, su ampliación (322) o la subsidiaria, el cual deberá fallar sobre los hechos facticos probados y el derecho alegado. No podrá éste, introducir nuevos hechos que los ventilados en la audiencia del debate – ne procedati udex ex officio- y sólo dar una calificación distinta en casos excepcionales y cuando se correspondan con los hechos fácticos que fueron contradichos. Nada que pueda significar una cuestión sorpresiva la parte defensiva y pérdida de imparcialidad (332). Dichos votos –por imperio del principio de congruencia- necesariamente deberán encontrar eco en la correlación acusación, defensa y sentencia.

Por último y después de haber transcurrido casi todas las etapas del proceso para la integración del objeto litigioso, huelga decir que el principio bajo estudio viene a complementar la forma de cómo dar corolario a todo ello, ergo, redactar una sentencia superando viejos silogismos y *garante* de un enjuiciamiento criminal, respetuoso de la llamada constitucionalización del debido proceso y especialmente del derecho de defensa, pilar básico de todo el derecho penal liberal.

La competencia del delito de lavado de activos (art. 303 del Código Penal)

Por Fernando Omar Gelvez²³⁰

a) Introducción.

A efectos de abordar acabadamente desde mi óptica el tema de la competencia del delito de lavado de activos (art. 303 del C.P.), estimo pertinente referirme al bien jurídico protegido en general y en particular al tipo penal básico mencionado.

El punto de partida es la distinción entre bien jurídico y objeto material, nociones que si bien pueden coincidir en algunos ejemplos, son conceptos distintos. Así, por ejemplo, en el caso del delito de hurto (art. 162 C.P.), el objeto de la acción es la cosa mueble objeto del apoderamiento, mientras el bien jurídico es la tenencia de esa cosa, de la que se ve privada la víctima.

La concepción según la cual la misión del derecho penal es tutelar bienes jurídicos es materia de discusión en el derecho contemporáneo. De todos modos, sus partidarios admiten que esa protección no es absoluta, pues existen hipótesis de lesión a los mismos bienes jurídicos que no son punibles. Así, la protección al derecho de la propiedad que ofrece el derecho vigente (arts. 162 a 185 C.P.) es sólo parcial pues sólo se incriminan los supuestos más graves de afectación de ese bien jurídico, existiendo otros que, como numerosos casos de incumplimiento contractual, sólo generan consecuencias civiles para el infractor.

Lo anterior es aplicación del llamado principio de intervención mínima, en cuya virtud las normas penales deben limitarse a proteger los intereses colectivos o individuales, cuando ello es imprescindible para la vida en comunidad. Consiguientemente, el remedio penal debe ser utilizado por el Estado como última ratio, es decir, cuando han fracasado todos los instrumentos previos de que dispone. Esa es la razón por la cual los bienes jurídicos no deben ser protegidos con sanciones penales cuando es posible tutelarlos con recursos menos gravosos, que por ser menos severos no necesariamente resultan menos eficaces.

²³⁰ Abogado, Especialista en Derecho Penal y Tributación por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, docente concursado en las cátedras Finanzas Públicas y Derecho Tributario y Derecho Penal Parte Especial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Profesor en la Especialización de Derecho Penal en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Fiscal Federal de Rawson, Chubut (Ministerio Público Fiscal de al nación).

Es importante lo que los partidarios de la teoría del bien jurídico definen como prohibición de exceso, a la que adjudican la función de poner de relieve la tradición clásica de los derechos fundamentales como argumento de protección frente a intromisiones estatales. Consiguientemente, esa prohibición haría efectivos los límites a las intervenciones del Estado que sobrepasan la medida legítima.

Se estableció así una relación entre el derecho penal, el concepto de bien jurídico y el derecho constitucional, para concluir que sólo resulta legítimo prohibir una conducta mediante la amenaza de una pena, si es posible remitirla a la protección de un bien jurídico. De lo contrario, se predica que se trata de una intromisión ilegítima del Estado en la libertad humana de actuación, es decir de una intervención en la libertad de conducta que no tendría legitimación, de una prohibición que carecería de sentido²³¹.

Volviendo al bien jurídico y al objeto de la acción, cabe remarcar que se considera que los bienes jurídicos son intereses vitales de la comunidad, a los que el derecho penal otorga protección, noción que no debe ser confundida con el objeto de la acción.

En vinculación a lo exteriorizado, es menester resaltar que es el primer nivel de imputación donde se establece una división entre el conjunto de comportamientos que pueden ser punibles por estar prohibidos en la ley, y aquellos otros que no han sido prohibidos por ninguna norma, por lo que carecen de relevancia para el derecho penal. Es para establecer esa distinción, o sea para delimitar las conductas que son dignas de castigo, que se ha destacado la existencia de intereses que merecen tutela penal. Se considera entonces que el primer nivel de imputación, es el estadio de la teoría del delito donde se pone de manifiesto la función del derecho penal de proteger bienes jurídicos.

En cuanto a la función del bien jurídico en el sistema penal, hay que recordar que todas las normas penales que contienen los delitos previstos en la parte especial del Código Penal Argentino giran en torno a la protección de bienes jurídicos, lo que permite clasificarlos en los sucesivos títulos y capítulos del libro segundo.

Esas normas pueden tutelar bienes jurídicos individuales, como la vida (arts. 79 a 108 C.P.), la libertad (art. 140 a 161 C.P.) o la propiedad (art. 162 a 185 C.P.), casos en los cuales es factible identificar un titular. Sin embargo, de allí no se deduce que la sociedad no esté interesada en el ejercicio del Poder Punitivo del Estado, lo que explica que en la mayoría de los delitos que lesionan o ponen en peligro bienes individuales, el

²³¹ Righi, Esteban, "Derecho Penal – Parte General", editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, Págs. 3 y 4.

procedimiento debe iniciarse de oficio, es decir, sin necesidad de actividad alguna del damnificado (arts. 71 y siguientes del C.P.).

Pero existen también tipos penales orientados directamente a la protección de bienes jurídicos supraindividuales (colectivos), en los que se afectan intereses de la colectividad, como por ejemplo sucede con la seguridad pública (arts. 186 a 208 C.P.), el orden público (arts. 209 a 213 bis, C.P.), la seguridad de la Nación (arts. 214 a 225 C.P.) o contra el orden económico y financiero (arts. 303 a 313 C.P.).

En algunos casos los tipos penales otorgan tutela a varios bienes jurídicos, siendo difícil determinar si el interés principal es individual o colectivo, como por ejemplo sucede con los delitos que se cometen mediante cheques (art. 302 C.P.). Están ubicados como delitos contra la fe pública y consiguientemente destinados a la tutela de un bien jurídico universal, en el que sin embargo también se advierte el propósito de proteger el interés individual del tenedor del cheque. En estos casos, la circunstancia de que se trate de normas previstas como delitos contra la fe pública, ofrece una respuesta inequívoca para determinar cuál es el bien jurídico principal.

El concepto de bien jurídico es utilizado para interpretar los tipos penales (normas que prohíben conductas), y establecer cuándo han quedado consumados. Además, la magnitud de la tutela expresada en la pena establece un criterio para jerarquizar los bienes jurídicos, lo que determina consecuencias sistemáticas, como por ejemplo sucede con el estado de necesidad (art. 34, incs. 2 in fine y 3, del C.P.).

Por otra parte, el bien jurídico es considerado el punto de partida que da sentido a la creación de una norma que prohíbe determinado comportamiento así, por ejemplo, la idea que orientó la existencia de la norma que incriminó el homicidio es proteger la vida humana, es decir, el origen de la decisión político-legislativa de crear una norma que prohíbe matar (art. 79, C.P.).

Desde esta perspectiva, se considera que la existencia de bienes jurídicos no surge de las normas jurídicas sino de la vida social, por lo que serían una realidad prelegislativa que es asociada a la necesidad de establecer una base segura para afirmar el principio de subsidiariedad. Así, se adjudicó al concepto de bien jurídico la función político criminal de legitimar la pretensión punitiva estatal, lo que consecuentemente serviría para limitarla. Se inscribe en esa dirección, la predica en el sentido de que la utilización de la

pena sólo es legítima cuando es usada para sancionar comportamientos socialmente perjudiciales²³².

Desde esta última perspectiva se consideró a esta teoría como un límite en la actividad del legislador de seleccionar los bienes que merecen tutela penal, siendo apreciados como valores meramente morales a los que no eran protegidos mediante normas jurídicas. El bien jurídico fue entonces el instrumento utilizado para distinguir entre moral y derecho, pues se predicó que el daño social que caracteriza materialmente al delito es la lesión de bienes jurídicos, definidos como intereses jurídicamente protegidos.

En la discusión político criminal, la teoría del bien jurídico fue utilizada para cuestionar la legitimidad de normas penales existentes, convirtiéndose así en un contundente argumento despenalizador, como por ejemplo sucedió en los países cuyas legislaciones penales contenían normas que incriminaban en incesto.

Sin embargo, la capacidad de rendimiento de este punto de vista ha sido insuficiente, porque en la determinación de los bienes jurídicos que merecen tutela penal inciden distintas concepciones de la vida en comunidad, lo que retroalimenta la confusión entre derecho y ética social. Consiguientemente, se cuestiona que la idea de bien jurídico suponga un aporte significativo, en la discusión que gira en torno a la legitimidad de las normas penales²³³.

De todos modos, se debe admitir, que la caracterización del delito como lesión de bienes jurídicos es difícil de abandonar, porque al quedar asociada al modelo penal del liberalismo, permitió impugnar modelos de ejercicio del poder penal de contenido autoritario. Pero no es menos cierto que también ha servido como pretexto para negarse a la discusión de nuevos puntos de vista, atribuyendo contenidos autoritarios a modelos contemporáneos que, como el funcionalismo, no merecen esa descalificación.

En nuestro Código Penal los bienes jurídicos poseen crucial importancia como se señalara precedentemente, desde el punto de vista político-criminal, de interpretación para aplicación de los delitos y respecto de la jerarquía de los mismos y entre sí.

El libro II (segundo) del C.P. se refiere a los delitos y contiene XIII (trece) títulos con sus respectivos capítulos que responden a la tutela o protección de bienes jurídicos individuales y supraindividuales. Por lo tanto, se debe tener en consideración todo lo

²³² Righi, Esteban, “Derecho Penal – Parte General”, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, P. 122.

²³³ Günther, Jacobs, “Derecho Penal – Parte General”, Marcial Pons, Madrid, 1995, Págs. 47 y siguientes; Sancinetti, Marcelo, “Casos de Derecho Penal. Parte General”, T. I, Ad Hoc, Buenos Aires, 2003, P. 38

externado respecto a las funciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia le han otorgado a los bienes jurídicos y que se ha explicado con antelación ya que son cruciales para interpretar y aplicar las normas penales vigentes.

En lo tocante al bien jurídico tutelado respecto del delito de lavado de activos o dinero (LD), inicialmente las conductas de blanqueo aparecieron descritas en la ley de estupefacientes como presupuestos de favorecimiento de la receptación y receptaciones específicas, o de encubrimiento que por su ubicación podía válidamente sostenerse que el bien jurídico protegido era la salud pública. En el contexto de la actual ley (26.683), ya que lo anteriormente dicho se refería a la norma precedente, se hace necesario comenzar nuevamente con el análisis del bien jurídico tutelado en este delito. Para determinar ello, es necesario recurrir a las diferentes elaboraciones doctrinarias que, se han formulado en torno al mismo y así establecer los límites de la intervención penal, sobre todo si se toma en cuenta que la adecuación de la conducta al tipo penal tiene como consecuencia la pérdida de derechos, siendo la más grave la de privación de la libertad.

Para delimitar el contenido del tipo de injusto hay que tener precisión del contenido del bien jurídico que se protege. En tanto que el principio democrático deberá traducirse en la existencia de condiciones formales que posibiliten que el sustrato de los diversos bienes jurídicos reflejen los intereses de los distintos grupos sociales²³⁴.

En consecuencia, a la afirmación de que un interés es empíricamente necesario para el mantenimiento del sistema, ha de aplicarse el criterio correcto de si es necesario o no para que el sistema evolucione hacia las metas señaladas en la Constitución. Pues ella no es solo un espejo de la realidad, sino un foco de luz al que ésta tiende.

Para analizar el valor afectado por el injusto penal mencionado, a fin de comprender la estructura de la norma es de parecer del autor Verdugo Gómez de la Torre, que en esta nueva figura ha de tenerse en cuenta la voluntad del legislador; tal ha sido el tratar de perfeccionar instrumentos de política criminal a fin de tornar más eficiente la lucha contra los delitos mediante una nueva figura penal, teniendo en consideración la necesidad de dotar al Estado de mecanismos persecutorios y sancionatorios más perfectos.

Una corriente con apoyo en normas internacionales²³⁵ sostiene que la incriminación de este delito debe buscarse en la protección de los sistemas económicos y financieros

²³⁴ Verdugo Gómez de la Torre, I., P. 163.

²³⁵ Tal los casos de la Declaración de Basilea, la Convención de Viena – párrafos 3 y 6-. La directiva de la otrora CCE “Sobre la utilización de los sistemas financieros para el lavado de dinero (Nro. 91/308)”. En sentido contrario se encuentra la recomendación R. 80 del Consejo de Ministros de la ex CCE del 27/6/80.

lícitos, a fin de protegerlos del daño que cause en ellos la introducción de activos de origen ilícito. En cambio, para otros, como Gustavo Gené, lo consideran un delito pluriofensivo²³⁶. Pero un dato a tener en cuenta es que el lavado de dinero nace ligado a la lucha contra diversos delitos como la corrupción de funcionarios, el tráfico de sustancias estupefacientes, etc. En sus orígenes, en el ya modificado art. 648 bis del Código italiano (1978) y en la ley de lavado estadounidense de 1986 (título 18, Secciones 1956 y 1956 del U.S. Code) ratifica la postura de que nació como una figura destinada a mejorar la eficacia de la lucha contra determinados delitos. El legislador argentino ha manifestado las razones doctrinarias, en el dictamen de la mayoría, que lo llevaron a sancionar esta ley²³⁷, pero nada dice sobre el bien jurídico tutelado, si bien es cierto que al incluirlo dentro del encubrimiento en el capítulo 13 del título contra la Administración Pública, lo que así proviene del Proyecto de 1906, antes proyecto de 1891. Siendo los precedentes inmediatos del encubrimiento las leyes 23.077 y, antes la ley 21.338. Además, con esta nueva tipificación, se pasó del narcolavado establecido en el art. 25 de la ley 23.737 a la actual figura, que comprende el lavado de todos los activos de origen ilícito.

La ley 25.246 sustituye la rúbrica del capítulo XIII, del título XI, libro II del C.P., el que en virtud del art. 1 de la citada ley, pasa a llamarse de la siguiente manera: “Capítulo XIII: Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo”. En tanto que en el art. 3 sustituye el art. 278 del C.P., por uno nuevo, de 4 incisos, en los que se tipifican diversas modalidades del delito de legitimación de activos, si bien el Poder Ejecutivo en uso de sus facultades constitucionales, al sancionar la ley observó el inciso 2 de dicha norma, en la que tipificaba el lavado culposo o imprudente.

A su vez el art. 4 sustituye con 4 incisos el otrora art. 279 del C.P. Siendo de interés que el inc. 4 consagra el principio de jurisdicción universal al disponer que las disposiciones de este capítulo XIII regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial del Código, en tanto el hecho precedente también hubiera estado amenazado con pena en el lugar de comisión.

²³⁶ Gené, Gustavo, “Ley de Lavado de Activos de origen delictivo”, LL, 2000-D-1246.

²³⁷ Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 1999. O.F.D. 1999, Comisiones de Justicia, de legislación penal, de drogadicción, de finanzas y de transporte. Sumario: “Régimen del delito de encubrimiento y creación de un sistema para la prevención y represión del lavado de activos provenientes de delitos de especial gravedad”, Págs. 8665 y ss (mayoría), Págs. 8684-8698 (por la minoría).

De ahí que pueda válidamente considerárselo como “un delito contra la administración pública”, si bien esta categorización del bien jurídico no es pacífica en doctrina.

Eduardo Fabián Caparrós²³⁸ sostenía, antes de la reforma de la ley 26.683, que si valoramos la cuestión desde las exigencias del principio de lesividad, penalizar el blanqueo como medio a través del cual la protección de un determinado bien jurídico – ya sea la salud pública o cualquier otro interés digno de tutela por parte del derecho- no parece que sea una solución lo suficientemente satisfactoria. Tal autor se inclina más bien a pensar que nos encontramos ante una atravesada construcción teórica, cuya virtualidad no es otra que servir de subterfugio para criminalizar ciertas conductas, posiblemente con el único fin de erigir un simbólico monumento, en forma de prohibición penal, en honor a la lucha contra uno o varios delitos previos determinados.

También se ha referenciado que el reciclaje internacional de dinero ilegal atenta contra la hacienda pública de los lugares de donde sale clandestinamente el dinero hacia otras jurisdicciones en las que se produce el blanqueo²³⁹, lo que da sustento, en ciertos aspectos, a la legislación vigente en EEUU, México y Panamá.

En relación a la ley anterior a la vigente 26.683, los doctrinarios Horacio Romero Villanueva y Ricardo Grisetti entienden que no hay duda alguna que, en nuestro sistema penal, en el delito de lavado de activos de origen delictivo (ley 25.146) el bien jurídico tutelado es la Administración Pública.

Buompadre, por su parte, adunaba que no hay acuerdo de cuál es el bien jurídico protegido en este delito. Para algunos autores, entendiendo que el tráfico de drogas es un ciclo unitario, las conductas de blanqueo constituirían la última etapa de este ciclo y, por lo tanto, atentarían contra el mismo bien jurídico que el delito principal: La salud pública (Gonzalo Rus, Bajo Fernández, Perez Manzano). Para Servini, el bien jurídico tutelado es, de manera inmediata, la administración de justicia y sólo mediatamente la salud pública, por cuanto existe una misma identidad en la objetividad jurídica del delito encubierto y el lavado de dinero (García Blazquez y Romeral Moraleda, Gómez Pavón y Zaragoza Aguado). En el derecho argentino, por la ubicación que el legislador le ha dado al delito en el capítulo del encubrimiento (ley anterior), se da la consideración – fundamentalmente de índole patrimonial o económica, sobre la que sin duda esta figura

²³⁸ Caparrós, Eduardo Fabián, “El delito de blanqueo de capitales”, Madrid, 1998, P. 222.

²³⁹ Llobet Rodríguez, J., “El lavado de dinero producto del narcotráfico”, *Ivstitia*, Nro. 38, 1990, P. 10.

tiene directa incidencia- es que el delito de lavado de dinero afecta la administración de justicia, con lo cual se acerca a las figuras relacionadas con el favorecimiento.

Carlos Reggiani²⁴⁰ como para Ricardo A. Grisetti y Horacio Romero Villanueva²⁴¹, entienden que “la ley 26.683 ha decidido que el lavado de activos afecta – al menos principalmente, si lo consideramos pluriofensivo- el orden económico y financiero. Este bien jurídico, que no se encontraba contemplado en nuestra ley penal, es introducido con esta norma”. Metodológicamente, se incorpora el título XIII “delitos contra el orden económico y financiero”, en el libro II (segundo), con tres nuevos arts. 303, 304 y 305, produciendo el corrimiento de las últimas tres normas del C.P. que siguen estando al final, ahora como arts. 306, 307 y 308.

En el derecho comparado, dice Reggiani, pueden observarse distintas posiciones respecto del bien jurídico afectado por el lavado de activos. Así, encontramos a la administración de justicia (Suiza y España), el sistema financiero y no solo la administración de justicia (Bélgica), el bien jurídico tutelado en el delito previo o la seguridad del Estado y la lucha contra la criminalidad organizada (dos posiciones doctrinarias en Alemania), y el orden social y económico (Colombia).

La ley 26.683 ha decidido que el lavado de activos afecta – primigeniamente, si lo consideramos pluriofensivo- el orden económico financiero. Este bien jurídico no se encontraba contemplado en nuestra ley penal, y fue introducido con la ley señalada en este párrafo.

Como pauta hermenéutica orientativa sobre qué se ha querido custodiar al hablar de orden económico y financiero, puede citarse como expresión del legislador un extracto del discurso del diputado Albrieu: “...la calificación de lavado de dinero como un delito contra la administración pública, es decir, la calificación de un accionar y tiende a perjudicar, dañar o poner en peligro la administración pública o, más concretamente, la administración de justicia- se muestra a todas luces escasa en su determinación, porque este tipo de actividades daña o pone en peligro todo el orden económico y financiero de un país. Es claro que el lavado de activos produce modificaciones en los mercados económicos y financieros de un país y genera graves riesgos para la estabilidad, habida cuenta de los montos que se manejan. Debemos tener en cuenta que, según las estimaciones de los organismos internacionales, el monto lavado actualmente en todo el

²⁴⁰ Reggiani, Carlos, “El nuevo régimen legal de lavado de activos”, LL 24/6/2011, 1.

²⁴¹ Grisetti, Ricardo A. y ROMERO VILLANUEVA, Horacio, “Código Penal de la Nación comentado y anotado – Parte general”, T. IV, Thompson Reuters (La Ley), Buenos Aires, 2018, P. 705.

mundo asciende a más de un billón y medio de dólares, lo cual produce un desequilibrio muy grande en las finanzas nacionales de los países, poniendo en riesgo su estabilidad. De ahí la importancia de que nuestro país siga las recomendaciones de los organismos internacionales, pero también de que tomemos la decisión de ajustar estas herramientas jurídicas al momento que vivimos, porque así lo requiere nuestra seguridad y el equilibrio económico – financiero del país...”²⁴².

El lavado de activos es una amenaza contra el orden formal económico financiero, que atenta contra su estabilidad y seguridad, generando economías paralelas, especulación financiera y posiciones ilegales de poder en el mercado.

b) Argumentos constitucionales del análisis.

Para brindar mi posición respecto de la cuestión de competencia provincial como regla general del delito de lavado de activos (art. 303 C.P.), debo hacer alusión a la forma de estado denominada federalismo y a los bienes jurídicos tutelados, como también a la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de tal tipo penal.

Es dable referir que el legislador nacional en ninguno de los dispositivos que contiene el tipo penal de lavado de activos consignó expresamente que es de competencia federal. Al no especificar ninguna de las normas aludidas que comienzan en la N° 303 del C.P., lo referenciado, se han suscitado y se pueden seguir dando en la práctica cuestiones negativas de competencia entre órganos jurisdiccionales federales, nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Antes de analizar fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto y teniendo en consideración la última ley que se refiere a los tipos penales de lavado de activos en nuestro Código Penal, señalaré que para poder desentrañar tal cuestión de la competencia en cada caso concreto, es menester considerar el bien jurídico tutelado en el Título XIII del Libro segundo de dicho catálogo de fondo y atender además que son figuras penales pluriofensivas de bienes jurídicos, como tantas otras de dicho catálogo de fondo, debiendo tener como norte para el análisis, interpretación y aplicación la forma de Estado argentina, que es el federalismo.

²⁴² Versión taquigráfica provisoria, Cámara de Diputados de la Nación, Sesión Especial del miércoles 4 de mayo de 2011.

Ahora bien, la forma de Estado es uno de los elementos fundamentales del régimen político de un país, pues define la relación existente en su seno entre el poder y el territorio. Se trata de determinar el modo como se organiza la autoridad en el espacio. Las soluciones clásicas son dos, el unitarismo y el federalismo. En el primero como el mismo nombre lo indica existe un único centro de poder político, mientras que en el segundo coexisten varios, de conformidad con la existencia de diferentes niveles de gobierno, en el marco de un fenómeno de descentralización política. Se entiende por tal a aquella que prevé una pluralidad de centros que poseen potestades de orden constituyente, legislativo, de elegir a sus propias autoridades por las modalidades contempladas en su derecho público y por añadidura, la capacidad de administrarse a sí mismos.

En un Estado unitario por el contrario, no se da esta pluralidad ya que al existir una unanimidad de régimen en cabeza de un único poder político nacional, éste es el que por ende monopoliza el ejercicio de las mencionadas facultades. La única descentralización que se concibe en esta forma es la de tipo administrativo de naturaleza territorial, en la que sus autoridades tienen exclusivamente una potestad de autoadministración o autarquía por contraposición con la autonomía propia del federalismo del que gozan los estados federados –provincias, en nuestro sistema-; mientras que el Estado federal – Nación, en los términos de nuestra Constitución- es soberano. Ello, en tanto no existe jurídicamente ningún orden superior a él²⁴³.

En ese sentido, añado que en el artículo primero de la Constitución Nacional se ha definido con claridad tanto la forma de gobierno como la forma de Estado.

Hay que interpretar adecuadamente el sentido de tal precepto constitucional. Así pues, cuando señala adoptar para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, se debe acotar en realidad que como forma de gobierno establece la democracia representativa.

En cuanto agrega el término federal a la trilogía mencionada, la mayoría de la doctrina constitucionalista entiende que el constituyente estatuyó la forma de Estado de la Nación en relación a su territorio.

La reforma constitucional de 1994 agregó a la estructura referenciada, la elección directa del Presidente de la Nación (arts. 94 y siguientes de la Constitución Nacional), y los Senadores nacionales (arts. 54 y siguientes C.N.). A su vez, instituyó en forma expresa en la Constitución la posibilidad de viabilizar formas de actuación semidirecta de la

²⁴³ Sabsay, Daniel A., “Manual de Derecho Constitucional”, La Ley, Buenos Aires, año 2016, Ps. 129/130.

población (arts. 39, 40, 75 inc. 22, 33 C.N.) lo que genera tres importantes efectos en el sistema, a saber.

a) Acentuó el carácter de nuestra democracia representativa, al definir modos de elección directa por el pueblo de su Presidente, y Senadores Nacionales, ya que se elegían de ese modo los Diputados Nacionales en la Constitución histórica de 1853/ 1860.

b) Definió el tránsito de la democracia representativa a la participativa, viabilizando formas de participación popular semidirecta (iniciativa popular de leyes, consulta popular y otros).

c) Circunscribe la prohibición del art. 22 de la Constitución al solo supuesto de la figura de la sedición, o asonada.

En cuanto a la forma federal de Estado, se ha expresado que importa una relación entre el poder y el territorio, en cuanto el poder se descentraliza políticamente con base física, geográfica o territorial.

El federalismo es la forma opuesta a la unitaria, que centraliza territorialmente al poder del Estado²⁴⁴.

Además, significa una combinación de dos fuerzas: la centrípeta y la centrífuga, en cuanto compensa en la unidad de un solo Estado la pluralidad y la autonomía de varios. El Estado federal se compone de muchos Estados miembros (que en nuestro caso se llaman “provincias”), organizando una dualidad de poderes: el del Estado federal, y tanto locales cuantas unidades políticas lo forman.

Esta dualidad de poderes se triplica cuando se toma en cuenta que con la reforma constitucional de 1994 no es posible dudar de que, dentro de cada provincia, los municipios invisten un tercer poder, que es el poder municipal, también autónomo; lo atestigua, en respaldo del viejo art. 5, el actual 123 de la Constitución Nacional²⁴⁵.

Nuestro Estado federal surge con la Constitución histórica de 1853/1860. Se llama República Argentina, y es un Estado originario o nuevo. Sin embargo, histórica y cronológicamente, nuestro federalismo no fue una creación repentina y racional del poder constituyente, sino todo lo contrario, una recepción de fuerzas y factores que condicionaron su realidad sociológica²⁴⁶.

²⁴⁴ Bidart Campos, Germán J. “Manual de la Constitución Reformada”, tomo I, Ediar, Bs. As. 2005, pág. 437.

²⁴⁵ Bidart Campos, Germán J. obra y pág. citadas.

²⁴⁶ Bidart Campos, Germán J. obra citada y pág. 438.

En relación al origen del federalismo de nuestro país, se puede expresar que los movimientos de colonización españoles que fueron fundando las ciudades mediante las corrientes del norte, del oeste y del Río de La Plata, se expandieron y extendieron sus zonas de influencia y prepararon regiones territoriales futuras que constituyeron o conformaron a las provincias.

A su vez, los órganos de gobierno locales, principalmente los cabildos, proporcionaron al futuro federalismo una base comunal o municipal.

Desde la Revolución de Mayo de 1810, ideológicamente, se dieron dos sectores o grupos de opinión, el unitario y el federal. El primero asociado con las minorías, cultas, liberales, centralistas, monárquicas, porteñistas, y el segundo con la masa popular e inorgánica, republicana y federalista.

No obstante ello, la oposición entre Buenos Aires y el interior no permitía identificar perfectamente el unitarismo con la ciudad y el federalismo con el interior, pero provisoriamente puede ubicarse, al núcleo representativo del movimiento unitario en la capital, y al pueblo federal en la campaña.

Si se bucea en la cronología histórica del federalismo argentino se puede señalar que se componen tres fuerzas de integración distintas. Una fuerza es la ubicación y situación capitalina de Buenos Aires que jugó como polo de atracción de las provincias; si bien tenía al principio, conformó un ámbito territorial preexistente a 1853/1860. Otra fuerza es ideológica, que es la doctrina federal, cuya expresión mejor ha sido el pensamiento de la banda oriental, especialmente de José Gervasio de Artigas. La última fuerza, fue el proceso de los pactos interprovinciales.

El sistema federal, en la Constitución de nuestro país tiene características propias que lo diferencia de su modelo norteamericano, pero a su vez, trae aparejados interrogantes en vinculación a los tres tipos de relaciones que se establecen en tal estructura. Existen: una relación de subordinación de los Estados provinciales al Estado federal, según se desprende de los artículos 5 y 31 de la Carta Magna; una relación de participación, siendo el caso más típico la composición del Senado que representa el equilibrio de los Estados pequeños y grandes, defendiendo en un pie de igualdad sus intereses y colaborando en el gobierno legislativo de la Nación. Por último, la relación de coordinación que hace a la distribución de competencias, exclusivas, delegadas, reservadas y concurrentes.

Las preguntas que resultan de las relaciones señaladas deben ser respondidas teniendo en consideración la finalidad del federalismo. Como dijera anteriormente, el

federalismo fue concebido históricamente como una transacción de Estados pequeños y grandes que desean constituir la unión nacional política y la federación jurídica, puede interpretárselo, asimismo, como una de las formas de división del poder para mejor asegurar el ejercicio de las libertades públicas²⁴⁷.

En la Constitución histórica de 1853 al haberse adoptado la forma de Estado federal, el reparto de competencias se distribuía entre el mencionado Estado federal, creado con la sanción de la Constitución, y los Estados federados, llamados provincias.

El principio federal hace suponer que son las provincias las que delegan en el poder central atribuciones determinadas y acotadas.

Para medir el alcance del federalismo, así como el del sistema representativo republicano, se requiere examinar las normas que le continúan al artículo 1.

La reforma de la Constitución operada en 1860 incorporó al artículo 5 mayores signos de federalismo, quitando atribuciones al gobierno federal en vinculación de control político de las constituciones provinciales, que efectuaba el Congreso Nacional antes de que esas normas fueran promulgadas y suprimiendo el deber de gratuidad de la educación primaria que se obligaban a suministrar las provincias. Posteriormente con la reforma constitucional ocurrida en 1994, la mencionada obligación se impuso nuevamente a los Estados provinciales, indirectamente y matizada por la equidad.²⁴⁸

Vale consignar que las instituciones locales o provinciales son anteriores y precedieron a las instituciones federales. En ese sentido, los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Lorenzetti y Zaffaroni en voto concurrente en el fallo “Chiara Díaz, Carlos Alberto c/Estado provincial s/ acción de ejecución”, C.S.C. 1051 XI (7-6-2006), siguiendo otros precedentes de fallos 311:460 y 315:2780 expresaron que: “por lo demás, si la Constitución Nacional, para la época de su dictado, fue establecida como causa ejemplar de las instituciones locales, los posteriores desarrollos del constitucionalismo provincial configuran una rica fuente de desarrollo y progreso aun de las instituciones nacionales”.²⁴⁹

La autonomía provincial se constituye con las atribuciones de naturaleza política, en virtud de las cuales eligen las modalidades propias del sistema democrático y republicano que escojan; en materia económica, con facultades tributarias; de sustancia

²⁴⁷ Gelli, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina”, comentada y concordada, tomo I, cuarta edición ampliada y actualizada, La Ley, Bs. As. , año 2011, págs. 31/32.

²⁴⁸ Gelli, María Angélica, obra citada, págs. 53/54.

²⁴⁹ Considerando 9 del voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en “Chiara Díaz, Carlos Alberto c/Estado provincial s/ acción de ejecución”, C.S.C. 1051 XI (7-6-2006)

legislativa, con el ejercicio del denominado poder de policía. Las atribuciones reservadas por las provincias en el art. 5 de la Constitución Nacional conforman, asimismo obligaciones derivadas a las que se han sujetado.

En ese sentido cabe exponer que las provincias diseñan sus poderes y acceso a ellos por parte de los ciudadanos, según sus singulares alternativas, pero respetando siempre el sistema representativo y republicano²⁵⁰.

Entre las atribuciones del Congreso de la Nación que regula el artículo 75 de nuestra Constitución Nacional y que tiene que ver con el federalismo, debo referirme a lo preceptuado por el inciso 12 que se refiere al denominado derecho común que integran los códigos de fondo. Se perfecciona a través de normas que por sus características constituyen códigos. Éstos son leyes que regulan todos los contenidos propios a una determinada rama del derecho de una manera ordenada y sistemática siguiendo una metodología que va agotando los distintos temas. En cuanto a una idea del concepto del derecho de fondo Joaquín V. González oportunamente expresó que “las leyes comunes o los códigos significan la Constitución extendida a las relaciones de los individuos, las corporaciones, del Estado mismo en su carácter de persona privada”²⁵¹. Este tipo de normas son federales, pero su aplicación queda a cargo de los tribunales provinciales. Por ello la cláusula hace referencia a la no alteración de “las jurisdicciones locales”. Por lo tanto, queda a cargo de las provincias el dictado de las normas de procedimiento correspondientes a cada uno de los códigos.

Asimismo, las controversias serán juzgadas por la justicia provincial de acuerdo a la organización que aquella tenga, ya que nuestro art. 5 (C.N.) le reconoce al poder constituyente provincial autonomía en la materia; la única exigencia consiste en legislar al respecto. Esta solución del derecho constitucional argentino tiene su fuente en el pensamiento de Alberdi, quien pensaba que “el país que tuviese tantos códigos civiles, comerciales y penales como Provincias, no sería un Estado, ni federal, ni unitario. Sería un caos”.

La Constitución de los Estados Unidos de América les reconoce a sus estados la facultad de dictarse su propio derecho de fondo, lo que produce una gran disparidad normativa de uno a otro. Por ejemplo, en materia civil, a pesar de que el país del norte

²⁵⁰ Gelvez, Fernando O., “Poder tributario municipal en los municipios chubutenses”, en Derecho Municipal, Tomo II, Abeledo Perrot, año 2016, Ps. 1401/1404.

²⁵¹ González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, 8ª edición, Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires, P. 462.

encuentra sus principios en el sistema del “common law”, ello no le ha impedido al estado de Lousiana dictarse un Código Civil, cuya fuente principal es el Código Napoleón.

La reforma constitucional argentina de 1957 agregó a los cuatro códigos citados el del trabajo y de la seguridad social; sin embargo, hasta la fecha no se ha dictado tal ordenamiento. Existen sí diversas normas en materia laboral y de pensiones y jubilaciones que componen cuerpos normativos separados.

En su segunda parte, el inciso 12 del art. 75 de la C.N. se refiere a una serie de leyes federales. Estas normas son dictadas por el Congreso y aplicadas por la justicia federal, a diferencia del derecho común. No obstante, la ley sobre bancarrotas –actual 24.522 de concursos y quiebras- ha sido considerada como legislación común²⁵².

A su vez y en vinculación al inciso 12 del art. 75 de la C.N., la constitucionalista María Angélica Gelli refiere que tal disposición delimita un doble orden de competencia. En primer lugar, discierne en la legislación que corresponde dictar al Congreso, la normativa común u ordinaria, de las leyes federales o especiales. En segundo término, distingue la atribución legislativa – a cargo del Poder Legislativo Federal – de la atribución jurisdiccional, al cuidado, en principio, de los Estados locales (provinciales y CABA).

En el inciso 12 se atribuye al Congreso la sanción de las leyes comunes –la cláusula de los códigos- y el dictado de normas federales, referidas a todas las otras materias indicadas en el inciso: las leyes federales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre falsificación de moneda corriente y documentos públicos del Estado, sobre banca rotas, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

La divergencia en la misma atribución del Poder Legislativo Nacional es importante porque, para la cláusula de los códigos o materia común, la Constitución establece la competencia jurisdiccional de los Estados locales, si las cosas o las personas cayeren bajo su jurisdicción. En otras palabras, las controversias y conflictos suscitados por esas materias corresponde resolverlas al Poder Judicial local, excepto que por razón de persona o lugar correspondiese la competencia federal. En cambio, las leyes federales, sobre las cuestiones enumeradas en el inciso, suscitan la competencia jurisdiccional federal.

²⁵² Sabsay, Daniel A., “Manual de Derecho Constitucional”, La Ley, Buenos Aires, año 2016, Ps. 521/522.

En la República Argentina la legislación común es uniforme. El Congreso puede sancionarla dictando los códigos civil, comercial, penal, de minería, y de trabajo y seguridad social (este último incorporado en la reforma constitucional de 1957) o mediante leyes que reglamenten esa materia.

La atribución de dictar los códigos sustantivos constituye una competencia delegada en el Poder Legislativo federal y exclusiva de éste. Ello no impide que conforme la interpretación constante de la Corte Suprema las provincias ejerzan sobre esa materia, el poder de policía de seguridad, moralidad y salubridad²⁵³.

Como se dijo precedentemente, el art. 75, inc. 12 de la C.N., diferencia la atribución para dictar normas de derecho común y de derecho federal – a cargo del Poder Legislativo- de la atribución jurisdiccional para resolver conflictos sobre la primera de esas materias, a cargo, en principio, de los estados locales. Dicho de otro modo, y en concordancia con lo dispuesto en los arts. 5, 116 y 122 de la C.N., las provincias se reservaron la aplicación de la ley común por sus respectivos tribunales locales y, por interpretación extensiva, la sanción de sus códigos de forma, a fin de regular el pertinente procedimiento judicial. La reserva mencionada proviene de la reforma constitucional de 1860, que acrecentó las atribuciones expresamente preservadas para sí por las provincias.

No obstante lo externado, a veces en la práctica la distinción entre normas sustantivas y disposiciones procesales no es suficientemente clara, más allá del cuerpo normativo en la que estén incorporadas. Ello resulta de analizar distintos fallos de la Corte Suprema en temas de materia civil y laboral, por ejemplo.

Por otro lado, y dado que el art. 5 C.N. impone a las provincias asegurar su administración de justicia, es decir crear sus tribunales, distribuir la competencia local y establecer las instancias procesales, cada Estado local tiene diferentes alternativas para cumplir aquél mandato. Sin embargo, luego de la reforma constitucional de 1994 que otorgó jerarquía constitucional, entre otros, al Pacto de San José de Costa Rica, la doble instancia en materia penal se impone como una limitación a aquellas opciones locales. En esa línea, resulta obligatoria para los estados provinciales la doctrina “Girolodi” en tanto ésta sostiene que no basta con la eventualidad del recurso extraordinario federal para cumplir con el deber de asegurar la revisión judicial²⁵⁴.

²⁵³ Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, comentada y concordada, 5ª Edición ampliada y actualizada, T. II, Thompson Reuters (La Ley), Buenos Aires, año 2018, Ps. 205/206.

²⁵⁴ CSJN, “Girolodi”, Fallos 318:514/1995.

Además de ello, debe sumarse que según criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la doble instancia en el proceso penal en “Mohamed v Argentina” se integra con el derecho a que sea revisada una sentencia condenatoria, sea ésta emitida en primera o en segunda instancia. Es lo que se conoce como “doble conforme” o “doble conformidad condenatoria²⁵⁵”.

En lo concerniente a un tratamiento aún más específico de la cuestión de competencia del lavado de activos, bien jurídico principal y federalismo, señalo que al vincular tanto el bien jurídico principal tutelado por el Título XIII del Código Penal (incorporado por la ley 26.683), denominado orden económico y financiero, como los otros protegidos cuando se consuma o se principia a realizar el lavado de dinero o de activos como son la administración pública, administración de justicia más específicamente, y demás bienes jurídicos de los ilícitos penales precedentes, con el sistema federal argentino, debo poner de resalto que tales bienes jurídicos supraindividuales o colectivos tutelados son los de cada uno de los Estados que conforman nuestra Nación, o mejor dicho, federación.

Ello es así no sólo por lo explicado con antelación respecto a la distribución del poder en todo nuestro territorio, las atribuciones preservadas por los Estados provinciales y las delegaciones expresas otorgadas por las provincias al Estado Federal, que están plasmadas en las distintas cláusulas indicadas de nuestra Carta Magna, sino además porque es connatural y esencial al origen y continuidad perpetua de cada uno de nuestros Estados provinciales, por lo que la autonomía implica el contar con recursos originarios y derivados para cumplir sus fines políticos, o sea, satisfacer las necesidades públicas absolutas o primarias, y relativas o secundarias de los habitantes que residen en ella.

En ese sentido, resaltó que las provincias históricas de lo que hoy es nuestra República le dieron origen al Estado Federal argentino, otorgándole atribuciones expresas y preservando otras, poniendo el acento en lo largamente explicado que resulta de los artículos 1, 5, 75 inc. 12, 122, 126 de la C.N., como también haciendo hincapié en la interpretación adecuada de los dispositivos 4 y 75 incisos 1 y 2 de la mencionada Carta Magna.

Así pues, debo traer a colación el art. 4 mencionado que refiere cómo está conformado el tesoro nacional, esto es, indica cuáles son los recursos del Estado Federal

²⁵⁵ Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, comentada y concordada, 5ª Edición ampliada y actualizada, T. II, Thompson Reuters (La Ley), Buenos Aires, año 2018, Ps. 205/209.

para poder cumplir con sus fines políticos y, por ende, proveer a los gastos de la Nación para satisfacer las necesidades públicas de los habitantes y ciudadanos.

A mayor abundamiento señalo que el cumplimiento de las funciones indelegables del Estado – en sentido estricto, defensa exterior, seguridad interior, administración de justicia, como asimismo educación y salud, y el desarrollo de las políticas públicas previstas en el art. 75, incisos 18 y 19 C.N. (poder de policía de progreso y bienestar) originan una serie de “gastos” sobre cuya previsión trata el art. 4 de la Carta Magna, incluyendo a las “contribuciones”, cuyas características están señaladas en los arts. 16, 17 y 75 inc. 2 de la misma.

Estas normas constituyen un conjunto interrelacionado en el que deben incluirse directa o indirectamente otras disposiciones constitucionales referidas a funciones y competencias otorgadas o prohibidas a los poderes públicos, como, por ejemplo, la prohibición de establecer aduanas interiores o las que vedan al poder ejecutivo dictar decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria o promulgar parcialmente proyectos de ley en esa materia que produzcan, como efecto, la creación de impuestos. En realidad, el sistema impositivo argentino ha sido determinado a partir de 1994, básicamente en el art. 75, incisos 1 y 2 de la C.N. A su vez el art. 4 señala los principios constitucionales de la tributación y la enunciación de los impuestos nacionales, adoptando el criterio sustentado por la Comisión Redactora, Gorostiaga, sobre la necesidad de otorgar a la Nación la atribución de crearlos para cumplir sus fines, sin depender para la formación del presupuesto general de impuestos soportados por las provincias²⁵⁶.

Las contribuciones al tesoro nacional que prestan los habitantes del país pueden hacerse efectivas mediante impuestos o cargas públicas establecidas por el Estado Federal obligando a quienes resulten contribuyentes, conforme a las normas dictadas en ejercicio de los poderes conferidos por la Constitución.

A más de las denominaciones contribuciones, la C.N. utiliza las expresiones derechos de importación y exportación (arts. 4 y 75, inc. 1); derechos de circulación (art. 10); derechos de tránsito (arts. 11 y 12); impuestos (art. 16) y contribuciones (arts. 4, 17, 52 y 75 inc. 1 y 2, en este inciso calificándolas de indirectas y directas).

En relación a las finalidades adicionales de los tributos, pese a la discusión doctrinaria y política – tributaria que existe al respecto y a las objeciones que desde la

²⁵⁶ Spisso, Rodolfo R., “Derecho Constitucional Tributario”, Depalma, segunda edición, Bs. As., 2000, Ps. 66 y ss.

ortodoxia liberal podrían formularse, la Corte Suprema ha reconocido que los tributos, además de su propósito esencial de allegar fondos al tesoro público para los gastos de la Nación como establece el art. 4 C.N., son un valioso instrumento de regulación de la economía, complemento necesario del principio constitucional que prevé atender al bienestar general²⁵⁷.

Los recursos propios del Estado Federal son los derechos de importación y exportación (arts. 4, 9 y 75 inc. 1 de la C.N.), la venta o locación de tierras y de propiedades nacionales son otros de los recursos del Estado Federal (arts. 4 y 75 inc. 5, C.N.); la renta de correos y las demás contribuciones que imponga el Congreso (arts. 4 y 75 inc. 2). También se consideran recursos del Estado Federal los empréstitos y operaciones de crédito para urgencias de la Nación o empresas de utilidad nacional (arts. 75 inc. 4, C.N.).

Asimismo, el Estado Federal posee atribuciones constitucionales concurrentes de las provincias en materia tributaria. Ello así conforme al principio federal en virtud del cual todas las atribuciones no delegadas por los entes locales en el gobierno central, han sido reservadas por las provincias (art. 121 de la C.N.), éstas pueden establecer libremente impuestos sobre todas las materias no otorgadas a la Nación en la Constitución Nacional.

Las facultades provinciales son amplias y discrecionales dentro de esos límites; el criterio, oportunidad y acierto con que los entes locales las ejercen no son revisables, salvo el control de constitucionalidad acerca del cumplimiento de la distribución de competencia tributaria. Las provincias tienen competencias diversas tanto de orden tributario como institucional, procesal y de promoción general²⁵⁸.

Una nota esencial de la autonomía provincial está constituida por la competencia primordial de imponer contribuciones y percibir las sin intervención alguna de autoridad extraña a los entes locales²⁵⁹.

En vinculación a lo dicho la regla general es que las provincias argentinas tienen atribuciones de imponer contribuciones directas, y excepcionalmente por tiempo determinado, el Estado Federal puede imponer dichas contribuciones proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien

²⁵⁷ CSJN, “HORVATH, Pablo c/ Fisco nacional (D.G. 1.)” fallos 318:676 (1995); fallos 223:233 y 187:495 de la CSJN.

²⁵⁸ CSJN, “Santa Cruz, provincia DC/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales (Sociedad del Estado) s/ ejecución fiscal”, fallos 316:42 (1993).

²⁵⁹ CSJN, “Operadora de Estaciones de servicio S.A. c/ Municipalidad de Avellaneda”, fallos 321:1052 (1998) y “Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús”, fallos 320:619 (1997).

del Estado lo exija. Ello además de las facultades de los estados provinciales de imponer contribuciones indirectas concurrentemente con el Estado Federal (art. 75, inc. 2 C.N.).

A lo cual le añado lo referente al régimen de coparticipación federal que exigen los párrafos siguientes del inciso 2 del dispositivo antes mencionado. Todo lo cual hace a nuestra forma de Estado Federal.

A su vez debo adunarle lo que resulta de los artículos 121, 122 y 123 de la Carta Magna que hacen a las características y principios del federalismo argentino, a las atribuciones de las provincias que conforman el mismo Estado Federal y a la autonomía política de los estados provinciales que son esenciales a su formación y permanencia para que alcancen verdaderamente el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero, circunstancias que los constituyentes expresamente han reconocido también con la reforma de 1994 a los municipios argentinos (art. 123 C.N.).

Lo indicado hace notar que para cumplir sus fines institucionales – políticos, financieros, los distintos Estados de nuestra Nación o federación poseen recursos ya sea propios o derivados para proveer a los gastos – contenidos en los diversos presupuestos- que a través de la instrumentación de bienes y servicios públicos tienden a satisfacer las necesidades públicas de los habitantes residentes en los territorios descentralizados políticamente que integran los distintos niveles de Estados (federal, provinciales y municipales).

En cuanto a los recursos de los Estados argentinos y que son derivados, es de público y notorio, que fundamentalmente recurren a los tributos (impuestos, tasas y contribuciones especiales) por lo que poseen potestades tributarias de carácter constitucional originarias – cuestión pacífica en la jurisprudencia y doctrina-. Para poder ejercitar dichas potestades los órganos legislativos de cada Estado a través de leyes crean los tributos respectivos, siendo los impuestos o contribuciones los que más se utilizan para detraer dinero de la propiedad de los particulares habitantes de cada Estado argentino que en su conjunto conforman la federación o Nación según la terminología de nuestra Constitución Nacional.

Ello demuestra que existen diversos ordenamientos económicos financieros en nuestras provincias como también en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires después de la reforma constitucional de 1994, que a su vez conforman el Estado Federal que posee también su orden económico y financiero. Lo que responde no sólo al sistema federal exigido y regulado por nuestra Carta Magna, sino por las normas jurídicas de las constituciones provinciales y leyes que se dictan en sintonía a las necesidades y realidades

de cada uno de nuestros Estados provinciales, CABA y federal. Es que si no se tuviera en cuenta ello, y se forzara una interpretación diversa, las necesidades públicas absolutas o primarias y las secundarias o relativas (educación pública, salud pública, administración de justicia, seguridad interior de cada provincia y CABA) no se podrían satisfacer y la existencia de tales Estados no tendría razón de ser.

Lo externado tiene vinculación asimismo con que el Código Penal argentino es una ley común dictada por el Congreso de la Nación que se aplica de manera uniforme en todo nuestro territorio, siendo este último uno de los elementos constitutivos del Estado Federal, aplicándose en cada caso concreto tal ley de fondo común por los órganos judiciales organizados por cada provincia argentina, CABA -1994- y el Estado Federal según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones (art. 75 inc. 12, C.N.).

Otro argumento íntimamente relacionado a lo expuesto, es que el Libro II (segundo) del Código Penal está dividido en XIII títulos que protegen diferentes bienes jurídicos, los cuales independientemente de que sean denominados por la dogmática individuales o supraindividuales (colectivos), tutelan a todas las personas humanas que residen en nuestro país (federación) y a las personas jurídicas (Estado Federal, provinciales, CABA y municipios -órganos legislativos, ejecutivos y judiciales de ellos-) en lo que respecta a los delitos contra la administración pública, de justicia, contra la seguridad de la Nación, contra la paz y dignidad de la Nación, contra los poderes públicos y el orden constitucional y contra el orden económico y financiero. Ello así, porque al no especificar concretamente ninguna norma jurídico penal que la afectación de tales bienes jurídicos son exclusivos de competencia federal para su investigación y juzgamiento, la regla general es que la protección a todos esos bienes jurídicos (colectivos o supraindividuales) son de competencia de todos y cada uno de los Estados provinciales y CABA, sin distinción y teniendo en consideración los principios y normas legales que hacen a la competencia territorial o de lugar, de la materia, de las personas, según los hechos tengan vinculación con las personas o cosas que caigan bajo la jurisdicción de cada uno de esos Estados.

De acuerdo a ello al analizar, interpretar y aplicar la ley de fondo común –Código Penal- en los casos concretos, debe considerarse si las conductas típicamente, antijurídicas, culpables y punibles son consumadas o tentadas (según el tipo penal de que se trate) en un territorio o ámbito espacial determinado y si la afectación es de alguno de los órganos estatales (provinciales, de CABA, federales, municipales), de cada uno de

ellos o de uno de ellos. Esto es lo que acontece, por ejemplo en los delitos contra la administración pública donde existe jurisprudencia y doctrina mayoritaria acerca de que su protección es respecto a los diversos órganos de los Estados mencionados. Por lo que los tipos penales de atentado y resistencia a la autoridad; desobediencia; peculado; malversación de caudales públicos; negociaciones incompatibles; prevaricato; cohecho; tráfico de influencias; entre otros, van a ser investigados y juzgados si se afecta el bien jurídico de cada uno de los niveles del Estado correspondiente, ya que rige como principio y norma de competencia el lugar o territorio donde se consumó el hecho ilícito y la afectación de tales intereses o valores colectivos. En suma, el organismo judicial de cada Estado mencionado deberá intervenir en caso de que se consumen o comiencen a ejecutarse los delitos que afecten el bien jurídico administración pública de cada ámbito territorial de acuerdo a la forma de Estado argentino, con las excepciones que cada normativa procesal penal contemple en sus respectivos Estados por cuestiones de competencia, cuestiones de conexidad objetiva y subjetiva, el órgano jurisdiccional que previno si no se tiene conocimiento cabal del lugar donde se cometió el delito, etc. En cuanto a la afectación del bien jurídico administración pública de los órganos de los Estados municipales, se investigan y son juzgados los presuntos delitos aludidos por la justicia de la provincia respectiva donde estén físicamente distribuidos tales municipios.

El mismo análisis, interpretación y aplicación cabe llevar adelante respecto del delito de lavado de activos o dinero y sus agravantes establecidos en los artículos 303 y 304 del C.P., ya que el bien jurídico protegido referente al orden económico y financiero no es solo del Estado Federal, sino también de los Estados provinciales, CABA y municipios, atento las características del sistema federal o federalismo argentino que se explicara y que surge de las normas constitucionales citadas, como asimismo lo regulado por el Código Penal y las normas procesales penales de cada uno de los Estados provinciales, CABA y Estado Federal. Por lo tanto, para efectuar la hermenéutica correcta, debe llevarse a cabo ella en forma sistémica, esto es, teniendo en cuenta todo el ordenamiento normativo vigente y respetando el orden jerárquico y prelación de las normas jurídicas (art. 31 C.N.).

En efecto si en cualquier provincia argentina o CABA, se materializan en el mundo fenoménico comportamientos que afectan la administración pública de ellas, tal por caso cohecho activo, defraudación a la administración pública y además lavado de activos en su figura simple y/o agravada, lesionándose o poniéndose en peligro el orden económico y financiero de cualquiera de las provincias donde acontecieron los delitos precedentes

mencionados, el órgano judicial competente para investigar y juzgar todos los hechos delictuales es el de la provincia o CABA donde se produjeron, consumaron o tentaron, independientemente del concurso que pueda existir entre los tipos penales que tienen que poseer como sustancia hechos producidos en la realidad. Ello así porque la ley penal común se aplica uniformemente en toda la Nación argentina y, por ende, si los bienes jurídicos lesionados son supraindividuales o colectivos y pluriofensivos, ya que se dio el cohecho pasivo y activo, defraudación a la administración pública y lavado de activos de una provincia específica, nada tiene que juzgar por carecer de competencia la justicia de excepción enclavada en la provincia argentina que fuere, toda vez que la vulneración de la administración pública, administración de justicia, patrimonio del Estado provincial o CABA y orden económico y financiero de tal provincia, hacen que la autonomía de la misma reconocida por la Constitución Nacional y además porque tal atribución no fue delegada expresamente a la Nación o Estado Federal, impida que intervenga otro órgano judicial, que no sea el provincial o de la CABA.

A mayor abundamiento refiero que el legislador argentino en el Título XIII del C.P. individualiza como bienes jurídicos macrosociales de carácter funcional al orden económico y financiero, en la inteligencia de que se trata la del lavado de activos de una conducta que puede desestabilizarlos. De allí, se afirma su condición de delito claramente autónomo²⁶⁰. Como en todo caso en que se individualiza un interés supraindividual necesitado de tutela jurídico-penal, la diferencia básica con los bienes individuales transita por la amplitud y alcance de la ofensa que puede producirse. De allí que se los caracteriza porque identifican una serie indeterminada pero homogénea de necesidades individuales de manera que la ofensa del interés supraindividual se revela capaz de incidir mediatamente en una pluralidad de individualidades²⁶¹.

En referencia al orden económico, en un trabajo específico Baigún²⁶², además de señalar que exhibe las características comunes a todo bien colectivo o supraindividual (entre la que la más genuina, apunta, es la de indisponibilidad) y que se trata de una categoría relativa, pues siempre tiene como referente una conformación social

²⁶⁰ Gil Lavedra, El nuevo régimen legal de lavado de activos, LL, 2011-D-1223; LL, On Line, AR/DOC/2247/2011; Emlek, ¿Es punible el autoblanqueo en Argentina? lavado de dinero proveniente de la evasión tributaria, en “Revista de Derecho Penal Económico”, N° 2014-1, “Derecho Penal Tributario-XI”, P. 243.

²⁶¹ Mahiques, Cuestiones de política criminal y derecho penal. Modelos, tendencias y prospectivas en el derecho comparado, 2002, P. 343.

²⁶² Baigun, “El bien jurídico orden económico”, en AA.VV., Estudio sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. MAIER, 2005, P. 32.

históricamente determinada, entiende que es un bien jurídico integrado por tres unidades: producción, distribución y consumo de bienes y servicios, más la permanente intervención del Estado, apartándose de la doctrina mayoritaria que pretende distinguir entre un sentido amplio y otro restringido de orden económico.

Entre los potenciales efectos lesivos sobre el orden económico se menciona la afectación de libre competencia, la distorsión en la asignación de recursos, el incremento del riesgo de inestabilidad macroeconómica, la erosión del sistema de precios, la distorsión de la información de los agentes del mercado y su capacidad de toma de decisiones sobre una base precisa y la posible reducción del crecimiento del país. Con relación al sistema financiero, que pueden verse minadas la liquidez y solvencia del sector por la volatilidad propia de los activos espurios, además de que su inserción puede comprometer la administración del tipo de cambio y la tasa de interés así como oradar la reputación de las entidades financieras²⁶³.

También se insiste, atendiendo a la dinámica de los actos y finalidad perseguida, en que se trata de un comportamiento pluriofensivo, lo que se evidencia cuando se distingue que las conductas de colocación e intercalación comprometen al sistema económico-financiero en cuanto a su estabilidad, transparencia y legitimidad; mientras que el ocultamiento y tenencia afectan al sistema de justicia penal en cuanto dificultan su eficaz operatividad respecto del crimen organizado.

Otros autores como Arias Holguín y Marcelo A. Riquert, a su vez entienden que el blanqueo es una conducta que puede resultar lesiva de la libre competencia, en cuanto afecta a alguno de sus presupuestos, impidiendo alcanzar los beneficios que se seguirían de un correcto funcionamiento de los mecanismos de mercado²⁶⁴.

Como dijera precedentemente el bien jurídico principal protegido (toda vez que es pluriofensivo) es el orden económico y financiero y si entiende por tal el correcto funcionamiento del mercado, la libre competencia, la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, y si ellos se afectan con las conductas típicas de los arts. 303 y 304 del C.P., se podría producir una distorsión en la asignación de recursos, habría un incremento del riesgo de inestabilidad macroeconómica, se erosionaría el sistema de

²⁶³ Ponce, “El delito de lavado de activos en el Anteproyecto de Código Penal” en AA.VV., Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Aportes para un debate necesario, Eugenio Raúl ZAFFARONI-Roberto M. Carles (Directores) – Matías BAILONE (Coord), 2014, P. 1216.

²⁶⁴ Arias Holguin, Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales, 2011, Ps. 213 y 219. Marcelo A. RIQUERT, Régimen Penal Tributario y Previsional – ley 27.430 comentada. Anotada., Hammurabi – José Luis Depalma editor, año 2018, P. 392.

precios, se distorsionaría la información de los agentes del mercado y su capacidad de toma de decisiones sobre una base precisa, ello ocurre en cualquier provincia argentina, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cada municipio y también puede acontecer en el Estado Federal, por lo tanto existen tantos ordenes económicos como niveles de Estado en nuestra Nación, que es un Estado Federal, y no sólo el orden económico nacional. Lo mismo acontece con relación al sistema financiero, ya que puede verse minado en cada provincia, CABA, municipio o Estado Federal en cuanto a la liquidez y solvencia del sector respectivo por la volatilidad propia de los activos espurios, con todo lo que ello implica, entre otras cuestiones financieras de cada Estado local.

c) Reseña jurisprudencial. Breve resumen de fallos de la Corte Suprema respecto de la competencia del delito de lavado de activos o dinero, anterior a la última reforma que introdujo el Título XIII como los últimos dictados, análisis crítico de ellos.

La Corte Suprema debió intervenir en un asunto (fallos: 326:4530) en que se debatió la competencia material para conocer en el delito de lavado de activos en su redacción anterior a la ley 26.683; vale decir que la subsunción legal del supuesto analizado estaba dado por el art. 278 del C.P., hoy derogado. El referido máximo tribunal argentino reenvió íntegramente a los fundamentos del dictamen del entonces procurador general. En el dictamen dicho procurador advirtió que el presupuesto necesario para la intervención del fuero federal de excepción estriba en que el derecho que se pretende hacer valer esté directa e inmediatamente fundado en un artículo de la Constitución Nacional, de una ley federal o de un tratado. Asimismo, la intervención de la justicia federal se encuentra circunscripta a las causas que expresamente le atribuyen las leyes que fijan su competencia, las cuales son de interpretación restrictiva. Además, destacó que cualquier infracción al C.P. o a las leyes represivas (no sólo alguna de naturaleza federal) puede constituir el delito primario a los efectos de la configuración del blanqueo, y en ese orden de ideas, subrayó que no se trataba de un delito autónomo.

En ese caso, la Corte Suprema descartó la naturaleza federal de esa figura, porque de haber sido ésa la intención de los legisladores, así lo hubieran dispuesto.

Por otra parte, consideró que la ley 25.246 no es una norma nacional en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional ya que no resulta de aquellas dictadas por el Congreso Nacional en el ejercicio de las facultades delegadas expresamente por las provincias.

Por tales razones se concluyó que se trataba de un delito mixto que revestiría calidad federal o local de acuerdo a la naturaleza del delito precedente. A raíz de lo cual, en ese caso concreto, se descartó la intervención del Juez Federal y se atribuyó la competencia al Juzgado de instrucción de Trelew, provincia del Chubut.

En otro caso que llegó también hasta la Corte Suprema²⁶⁵, se analizó la cuestión de competencia negativa respecto del lavado de activos. La misma se trataba entre un tribunal federal y uno local, ambos de La Plata, provincia de Buenos Aires. Asimismo, versaba sobre hechos cometidos durante la vigencia de la ley anterior, redacción de la figura de blanqueo de activos, contenida en el art. 278 del C.P. El Tribunal Címero de la Nación resolvió el caso en forma idéntica al referido y comentado con anterioridad, efectuando una remisión a lo allí decidido. No obstante, cabe referir que en este caso, la procuradora general expuso un criterio diverso al anteriormente comentado (dictamen en el caso de Competencia N° 138 XLIX, “R., F. s/Competencia”, de fecha 3-9-2013).

Por su parte, en los últimos fallos de la CSJN referentes a la figura penal prevista en el artículo 303 y siguientes del C.P. con la redacción de la ley 26.683 que incorporó el Título XIII y consignó como bien jurídico protegido los “delitos del orden económico y financiero”, no efectuó a mi criterio, un análisis profundo ni determinante de la afectación al bien jurídico mencionado, como tampoco de la resolución de la cuestión de competencia según el territorio y la materia.

Así pues, tengo en consideración el fallo emitido en fecha 13 de noviembre de 2018, donde el más alto tribunal tomó los argumentos del dictamen del Procurador General. Para mayor ilustración cito tal decisorio: “Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados por el señor Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en oportunidad de mantener el recurso del Fiscal General en esta instancia, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

“Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones la justicia federal. Remítase para principal. Notifíquese y cúmplase”. (Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Cooperativa Eléctrica de Consumo y Vivienda Limitada, Trelew s/ infracción art. 303 y art. 304 CP”, Expte. FCR 13024/2015/1/1/RH2, 13/11/2018).

²⁶⁵ Competencia N 138. XLIX, “R., F. s/Competencia”, sentencia del 1-7-2014

De acuerdo al argumento del fallo citado, es menester transcribir las partes pertinentes del dictamen del representante del Ministerio Público Fiscal que actúa por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "En prieta síntesis, el recurrente se agravió de la negativa de a quo a conocer en el caso no obstante haber importado lo resuelto una denegatoria del fuero federal a la luz del criterio sentado en el precedente" Olivetto, José Luis Y otros s/inf. art 303", sentencia del 10 de mayo de 2016, en el que Y.E. determinó que la justicia federal era la competente para entender en el delito previsto en el artículo 303 del Código Penal. A su vez, también tachó de arbitraria la sentencia del a quo por considerar que carece de motivación, pues no cubren esa exigencia las genéricas afirmaciones sin referencia a las circunstancias del caso y a los temas legales suscitados que precedieron a la desestimación.

Tal como lo señala el recurrente, en el expediente Competencia CSJ 344112015/CSI, "Olivetto, José Luis y otro s/infracción arto 303 ÍJ..1C. 2 N, resuelto el 10 de mayo de 2016, V.E. concluyó que luego de la sanción de la ley 26.683 era competente la justicia federal para conocer en los casos en los que se investiga la posible comisión del delito de lavado de dinero previsto en el artículo 303 del Código Penal.

En tales condiciones, asiste entonces al fiscal general cuando sostiene que la decisión en contrario de los jueces de la causa importó una denegatoria del fuero federal y que el a quo rehusó arbitrariamente ejercer su jurisdicción pese al carácter definitivo de lo resuelto ya la índole federal de la cuestión en debate. Y coincido también con él en que el a quo desestimó el recurso de casación con sustento únicamente en fórmulas genéricas, desprovistas de toda referencia a las circunstancias del caso, que además en parte no eran atinentes y en parte fueron incorrectamente aplicadas.

Así, no se comprende qué relevancia podía tener para la decisión del el quo que la sentencia de la cámara federal contara" con los fundamentos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido", si la procedencia de la casación no dependía de que hubiera arbitrariedad sino una denegatoria del fuero federal, que se pretendía con base en la inteligencia de normas de ese mismo carácter. Y, por esto mismo, carecía también de relevancia la existencia de doble conformidad invocada en la resolución impugnada, toda vez que por la índole del agravio ello no eximía al a acto de tener que tomar también intervención en el caso de conformidad con la doctrina sentada por V.E. in re "Di Nunzio" (Fallos: 28:1108).

En suma, considero que el a quo soslayó arbitrariamente el conocimiento y la decisión de la cuestión federal que este ministerio fiscal, a través del recurso de casación

interpuesto ante ella, había sometido a su jurisdicción, y que al así proceder convalidó la denegatoria de la jurisdicción federal que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal en la materia (causa "Olivetto", ya citada), es la competente para investigar si los hechos imputados configuran el delito de lavado de dinero contemplado en el artículo 303 del código de fondo.

Por ello, y los demás fundamentos vertidos por el señor Fiscal General en sus presentaciones de fojas 5/10 y 13/15; mantengo esta queja” (Cfr. dictamen de fecha 05 de octubre de 2017, en causa “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Cooperativa Eléctrica de Consumo y Vivienda Limitada, Trelew s/ infracción art. 303 y art. 304 CP”, Expte. FCR 13024/2015/1/1/RH2).

Al analizarse dicho dictamen, entiendo adecuado transcribir lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Olivetto”, toda vez que el Procurador General que actúa por ante el Címero Tribunal de la República se expidió acerca de la competencia del delito de lavado de activos en tal asunto.

De acuerdo a lo consignado, transcribiré la parte pertinente de tal fallo: “Que el presente conflicto de competencia se suscitó entre el Juzgado de Instrucción n° 6 de General Roca, Provincia de Río Negro y el juzgado federal con asiento en dicha ciudad; a partir de la comprobación de que personas determinadas, sin ocupación conocida, volcaban al mercado económico legal dinero proveniente de la sustracción y comercio ilegal de petróleo.

2°) Que el titular del juzgado local declaró su incompetencia por cuanto entendió que la actividad financiera ilícita constituye un delito susceptible de afectar la economía del Estado (fs. 307/308). El juez a cargo del juzgado federal la rechazó con fundamento en que el legislador solo asignó competencia a la justicia de excepción respecto al delito previsto y reprimido en el art. 306 del Código Penal, aun cuando el bien jurídico protegido fuera el orden económico y financiero. Devolvió las actuaciones al tribunal de origen (fs. 407/408) que tuvo por trabada la contienda de competencia (fs. 429/433).

3°) Que las presentes actuaciones tuvieron inicio luego de la sanción de la ley 26.683 en la que la figura de "lavado de dinero" ya no es tratada como un encubrimiento calificado en perjuicio de la administración pública, sino como un delito autónomo contra el sistema financiero nacional.

4°) Que, además, surge del decreto 825/11 que la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo es una preocupación prioritaria del Estado Nacional -que

se ha comprometido internacionalmente conductas delictivas la estabilidad de los ciudadanos con ella-, toda vez que dichas serio riesgo, no sólo para y el desarrollo de para la libertad de los que constituyen un sistema democrático en sus economías, sino, fundamentalmente, para la libertad de sus ciudadanos.

5°) Que, en síntesis, estamos frente a un delito que transgrede "las leyes nacionales, como son todos aquellos que ofenden la soberanía y la seguridad de la Nación o tiendan a la defraudación de sus rentas u obstruyan y corrompan el buen servicio de sus empleados" -art. 33 inc. c del Código Procesal Penal de la Nación-, por lo que es la justicia federal la que debe continuar con su investigación.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara que deberá entender en la causa en la que se originó el presente incidente el Juzgado Federal de General Roca, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado de Instrucción n° 6 de la ciudad rionegrina". (Fallo de fecha 10 de mayo de 2016, en causa "Olivetto, José Luis y otro s/ infracción art. 203 inc. 2 A., Expte. de competencia CSJ 1441/2015/CS1).

Ahora bien, dejado consignados los precedentes más recientes del Tribunal Supremo, en relación al tipo penal de lavado de activos luego de que entrara en vigencia la ley 26.683 que agregó el Título XIII al Código Penal Argentino y estatuyó delitos contra el orden económico y financiero en forma autónoma; estimo que en el caso "Olivetto" donde está más desarrollado el argumento de la Corte Nacional en vinculación a la competencia federal de la figura penal contenida en el art. 303 del C.P., carece de profundidad en varios aspectos que me llevan a no coincidir y poner de resalto las omisiones o carencias que hacen a temas relevantes del derecho constitucional y penal para dirimir cuestiones sumamente trascendentes de competencia.

d) Reflexiones centrales sobre la temática.

En ese norte, debo resaltar que nuestra República democrática tiene una forma de estado federal, donde la soberanía reside en el estado federal y las provincias argentinas son autónomas, por consiguiente, han mantenido todas las atribuciones que no delegaron expresamente en el estado federal, lo cual resulta de la interpretación sistemática y dinámica de nuestra Constitución Nacional de 1853/60 y su última modificación de 1994. Por lo que, existe un orden económico y financiero federal y además tantos órdenes económicos y financieros cuantos estados provinciales conforman la República Argentina y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Lo cual responde como se ha explicado en otra

parte de este dictamen a la distribución político-territorial del poder, atento el federalismo adoptado por los constituyentes y que surge del art. 1 de la nuestra Carta Magna y por supuesto del preámbulo de la misma. Además, en nuestro capitalismo de país periférico existen tantos mercados como provincias, ciudad autónoma y municipios, ya que cada uno de los entes estatales referenciados poseen competencias, recursos propios y derivados para poder cumplir sus fines políticos y satisfacer las necesidades públicas de sus vecinos, administrados, ciudadanos y habitantes.

A lo cual le añado que ya se exteriorizó qué entienden diversos autores por el orden económico y financiero de un Estado y por mercados. A mayor abundamiento, cabe significar que un sistema económico ya sea nacional, provincial o de Ciudad Autónoma, teniendo en cuenta estructuras capitalistas es un conjunto coherente de instituciones jurídicas y sociales en el seno de las cuales son puestos en práctica para asegurar la realización del equilibrio económico, ciertos medios técnicos, organizados en función de ciertos móviles dominantes. A su vez, el régimen económico no es más que un elemento del sistema económico y se ha definido como el conjunto de reglas legales que, en el seno de un sistema económico dado, rigen las actividades económicas de los hombres, es decir, sus hechos y acciones en materia de producción y de cambio.²⁶⁶

Además, corresponde aclarar que existen mercados internacionales, nacionales, regionales, provinciales y municipales, los cuales poseen diferentes normas legales que hacen de reglas escritas para el funcionamiento y coexistencia de los mismos.

A su vez, vale recordar que el Código Penal argentino es una ley común que se aplica en toda nuestra República debe tutelar no sólo el orden económico y financiero del estado federal sino también el de cada provincia argentina, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los municipios existentes. Ello debe compadecerse con lo que oportunamente señalé respecto de los mercados que en el sistema capitalista existen y que ya fuera referido con antelación.

A mayor abundamiento destaco que existen mercados internacionales, nacionales, provinciales y municipales, según la forma de estado que cada país haya adoptado en sus constituciones, toda vez que hay países que han adscripto al federalismo y otros a la forma de estado unitaria, por consiguiente en estos últimos se va a hablar de un solo orden económico y financiero, para compatibilizar los aspectos políticos, institucionales, económicos y financieros de tal organización y estructura estatal, por ejemplo, países

²⁶⁶ Lajugie, Joseph, "Los sistemas económicos", Eudeba, 1981, Págs. 5/12

como Uruguay, Chile y Alemania, entre otros, por consiguiente la interpretación y aplicación del lavado de activos en los mismos sería diverso a lo que ocurre en una forma de estado federal como nuestra República. Ello así, porque en el federalismo no hay un único poder, sino que está distribuido territorial política, institucional y económicamente en el estado federal y los estados provinciales, ciudad autónoma y municipales que conforman tal forma de estado.

De no considerarse nuestra forma de estado (federal) y analizarse e interpretarse sin profundidad que la competencia de los tipos penales simples y agravados del art. 303 del C.P. es únicamente federal, no sólo se estaría afectando a nuestra forma de estado federal, sino que se dejaría sin protección a los distintos órdenes económicos y financieros de la provincia y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo cual implicaría que en la realidad del funcionamiento de tal o cual estado provincial y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que las autoridades designadas en cada una de ellas, por mandato constitucional tanto nacional como provincial, no puedan ejercer las funciones que poseen para resguardar tal orden económico y financiero que hacen al mercado de los espacios territoriales que deben gobernar y administrar.

Llevándolo a un ejemplo más concreto, si se investigan y luego juzgan hechos punibles que concursan materialmente – independientemente – o idealmente, me refiero al encofrado legal de los mismos en cohecho pasivo, defraudación a alguna administración pública y lavado de activos, cuyo sujeto pasivo es el Estado provincial y los sujetos activos funcionarios públicos de ese Estado provincial y terceras personas cualquiera sea su oficio, profesión o actividad, afectándose la propiedad o patrimonio de ese ente estatal y resultando asimismo que se lavó dinero o bienes del mismo Estado provincial, claramente la competencia es del órgano u órganos jurisdiccionales de la provincia en cuestión y no del estado federal. Ello así, porque interpretar lo contrario, es desvirtuar la forma de estado federal, la función que poseen los bienes jurídicos del Código Penal argentino que deben ser tomados debidamente para poder interpretar y aplicar las normas de tal ley de fondo en los casos concretos. Asimismo y concordantemente lo estatuido por nuestra Constitución Nacional acerca de las atribuciones y facultades del Congreso de la Nación, en estos casos el art. 75 inc. 12, que está íntimamente relacionado con la formación o creación del Estado Federal por las provincias históricas argentinas que participaron con sus representantes en la sanción de la Constitución histórica de 1853/60, y también en lo que acontece en la práctica respecto a los distintos mercados existentes en nuestra República que en general conforman a su

vez el mercado nacional, pero que dentro de lo que es el orden económico y financiero de cada Estado debe ser protegido o tutelado adecuadamente y la competencia para investigar y juzgar los mismos es de la justicia ordinaria como regla general y excepcionalmente de la justicia extraordinaria o de excepción. A ello le añado que los legisladores nacionales no consignaron en la ley vigente (26.683 que incorporó el Título XIII y dicho bien jurídico) que la competencia por la materia fuera del estado federal, por consiguiente, la interpretación de la Corte en la causa “Olivetto” y en la otra referenciada por el Dr. ROMERO y por mí más arriba, no se compadece con todo lo explicado, añadiendo que carece de la profundidad argumentativa que el tópico merece.

Es dable destacar que si no se dan en los hechos investigados elementos de juicio que acrediten la afectación del orden económico y financiero federal en un caso concreto, la competencia es de la justicia del estado provincial donde habrían acontecido episodios históricos relevantes para el derecho penal y el Poder Judicial de dicho ente estatal debe ser quien juzgue los mismos cuando la calificación legal sea la de lavado de activos del art. 303 del C.P.. Tal razonamiento es coherente con que en ese Estado provincial se juzguen los hechos que concursan en forma aparente, real o ideal con otras figuras penales donde se da la afectación del normal funcionamiento, transparencia e imparcialidad de la administración pública provincial, ya sea que se esté hablando de cohecho activo, cohecho pasivo, entrega o presentación de dádivas, malversación de caudales públicos, peculado, prevaricato o lesión o puesta en peligro de la propiedad o patrimonio del estado provincial como fraude o defraudación a algún estado, y lavado de activos, que tienen como precedente a tales tipos penales, sin las implicancias de afectación en forma directa del orden económico y financiero del Estado federal.

Resolver lo contrario, es violentar como dijera todo lo que se ha decidido en otros precedentes jurisprudenciales respecto de la competencia por la materia en delitos que afectan a la administración pública (órganos del Estado nacional, provinciales y municipales) o delitos contra la propiedad o patrimonio –fraude a alguna administración pública, donde se lesiona el patrimonio de cualquier estado argentino, federal, provincial o municipal-.

Otra explicación que tiene el mismo significado, se encuentra en lo legislado por la ley 27.460 respecto al Régimen Penal Tributario y Previsional, que no solo protegen al fisco federal o nacional, sino también a los fiscos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, agregando que todos los entes aludidos sancionan por sus órganos respectivos leyes que crean tributos y tienen a los entes encargados de recaudarlos, como

también los sistemas de la seguridad social para cumplir con los jubilados, pensionados, etc. Todo ello lo necesitan tales Estados para cumplir con los fines políticos, económicos, financieros, sociales, que son connaturales a la existencia y permanencia de los mismos (federal, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Dichos delitos van a ser investigados y juzgados según en el ámbito territorial en que se perfeccionen o consuman, no habiendo ninguna otra forma de interpretación contraria, ya que se ha respetado lo establecido por la Constitución Nacional y la función que poseen los bienes jurídicos estatuidos por el Código Penal, circunstancia que reafirma mi opinión para la correcta interpretación y aplicación de la competencia provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como principio o regla general en el lavado de activos del art. 303, siempre que en el caso concreto no se afectare el orden económico y financiero nacional.

La relación de consumo. Los proveedores sin finalidad de lucro

Por Fernando Shina²⁶⁷

a) La fuga del microsistema legal protectorio: misión imposible.

El universo de las relaciones de consumo está lleno de situaciones especiales que no fueron previstas por la ley 24.240, ni tampoco por el Código Civil y Comercial y que pueden generar dudas de mucha trascendencia.

Una de esas lagunas lo constituyen las entidades, públicas o privadas, que no persiguen fines de lucro, pero que intervienen en forma determinante en la concreción de importantes relaciones de consumo.

Estos organismos, que por lo general tienen naturaleza estatal, no revisten la condición de proveedores de bienes y servicios en los términos descriptos por los arts. 2 de la LDC y 1093 del CCyC. La confusión o laguna legislativa afecta - ni más ni menos, a la integración de la propia relación de consumo. Pues no debemos olvidarnos que el art. 3 de la LDC dispone que la relación de consumo es "...el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario." Estas situaciones, que no son tan infrecuentes como se cree, siempre suscitan graves incertidumbres, y dan lugar a posibles sentencias profundamente regresivas.

Veamos la situación como si fuera una fotografía. Por un lado, aparece un consumidor, plenamente amparado el microsistema legal protectorio previsto en la LDC y el CCyC, mientras que por el otro una entidad que, por no encajar dentro de la definición técnica y/o legal de proveedor, procura fugarse del microsistema legal protectorio.

El razonamiento invocado es sencillo: dado que la relación de consumo es un vínculo jurídico entre proveedores y consumidores, no existiendo el sujeto proveedor tampoco existe la relación de consumo y no es aplicable la ley 24.240.

De esta forma, de un plumazo, se le quitan todos los amparos legales a quien sin dudas es un consumidor que puede resultar afectado en el curso de una relación de consumo.

b) Negocios conexados.

²⁶⁷ Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina y docente de la asignatura Derecho del Consumidor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagónica San Juan Bosco.

Muchos de las situaciones descritas en el t3pico anterior son negocios conexados. Es decir, asuntos en los que intervienen una pluralidad de sujetos para concretar un objetivo com3n. En el caso testigo que vamos a desarrollar con fines did3cticos el negocio combinado involucra a organismos estatales, entidades bancarias, que pueden ser p3blicas o privadas, y consumidores que intentan adquirir una vivienda para su uso propio y el de su grupo familiar.

La existencia de por lo menos dos entidades que prestan servicios completamente distintos, pero que se vinculan para llevar adelante un negocio 3nico, indica que estamos frente a un negocio conexado.

Los contratos conexos son regulados en los arts. 1073 a 1075 del CCyC. La definici3n surge del art. 1073 que dispone: “Hay conexidad cuando dos o m3s contratos aut3nomos se hallan vinculados entre s3 por una finalidad econ3mica com3n previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido...”.

Como dijimos al comienzo, un ejemplo frecuente de este tipo de operatoria consiste en ofrecer, desde un instituto provincial, viviendas econ3micas para que una parte de la poblaci3n adquiera a una casa para uso familiar.

Lo propio de estos negocios es que la existencia de cada contratante es esencial para la existencia del otro. Sin la participaci3n del instituto de la vivienda, que promueve la oferta habitacional entre la poblaci3n, y una entidad bancaria que la financia, la iniciativa no podr3a concretarse. Ambas entidades concurren simult3neamente para cumplir un 3nico objetivo: el acceso a la vivienda de personas con escasos recursos.

Es fundamental tener en cuenta que entre el instituto oficial y la entidad bancaria hay una vinculaci3n jur3dica que resulta determinante para la concreci3n del negocio. Sin esa conexidad, que es empresaria y profesional, el negocio no podr3a concretarse.

En ese escenario, no est3 de m3s recordar que el usuario NO puede elegir el banco que interviene en la operatoria. La oferta le llega directamente del instituto provincial que lo deriva a la entidad bancaria para concluir el negocio.

c) En la relaci3n de consumo es m3s importante la condici3n de consumidor que la de proveedor.

En el marco de la operatoria descrita en el punto anterior, y ante la eventual aparici3n de controversias, el Instituto estatal, alegando no ser un proveedor en los t3rminos del art. 2 de la LDC, pretende quedar excluido del microsistema legal protectorio

de los consumidores. De esta forma, el consumidor perdería la posibilidad de incluir en la acción judicial de consumo a uno de los sujetos principales de la relación jurídica que motivó la disputa. Y lo peor del caso es que ese sujeto, que generalmente es el Estado, procura pasar por encima de los derechos y amparos que la Constitución Nación le asegura a los usuarios y consumidores.

Para concretar esta defensa, que para nosotros es inaceptable, se suele argumentar que, conforme lo dispone el art. 3 de la LDC, la relación jurídica de consumo ocurre cuando existe un vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Luego, toda vez que el organismo estatal no es técnicamente un proveedor (art. 2 de la LDC y 1092 del CCyC) no se da entre el instituto oficial y el sujeto afectado una relación de consumo y, por lo tanto, no es aplicable la ley de defensa del consumidor.

Esta solución parte de una concepción tan restringida de la noción de proveedor que permite, con más ingenio que sustancia jurídica, la eventual fuga de un sistema legal que tiene raíz y jerarquía constitucional. Nosotros, huelga decirlo, sostenemos una posición más amplia.

En coincidencia con esta postura, Chamatropulos, citando a Farina, postula que “... el término relación de consumo busca englobar a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer una demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios.”²⁶⁸

En esta descripción ampliada de la noción de proveedor, es evidente que la entidad estatal queda incluida en la de relación de consumo porque su actividad procura satisfacer una demanda de consumo. En ese orden de ideas, no está de más recordar nuevamente que el destino final del bien o servicio es lo que determina, en forma excluyente de otras circunstancias, la existencia de una relación de consumo y la consiguiente aplicación del régimen legal protectorio de los consumidores.

d) La oferta de bienes y servicios es lo que determina la existencia de una relación de consumo.

Lorenzetti postula que la “... noción de proveedor es deliberadamente amplia para incluir sujetos que actúan del lado de la oferta en el mercado. En tanto la relación jurídica de consumo se asienta en el acto de consumo, es claro que este elemento distribuye los

²⁶⁸ Chamatropulos, Alejandro, Estatuto del consumidor, T° I, p. 198.

polos activos según los que ofrecen y los que consumen bienes. La noción de proveedor... comprende a todos los que ofrecen.”²⁶⁹

Coincidimos, en esta ocasión, con Lorenzetti. Siempre que haya un sujeto que ofrezca bienes y/o servicios habrá una relación de consumo y el oferente será alcanzado por el microsistema legal protectorio. Ello, por más que su actividad no se ajuste rigurosamente a los términos del art. 2 de la LDC o el art. 1093 del Código Civil y Comercial.

Es también correcto, a nuestro modo de ver, el planteo que el jurista hace relacionado con la causa fin, anotando que “La causa fin es el destino final de consumo, al que hace referencia la ley 26.361 y que es un elemento calificante en ese régimen normativo. Si no se da esa finalidad, el vínculo no es regulado dentro del régimen de protección del consumidor”²⁷⁰

Examinando esta reflexión por su otro extremo, puede afirmarse que si hay finalidad de consumo, se aplicará la ley de defensa del consumidor a TODOS los sujetos involucrados en esa relación de consumo. Es esa, en última instancia, la idea que propiciamos.

e) El Orden Público.

El ejemplo que planteamos nos obliga a interrogarnos: ¿el consumidor afectado, podrá accionar contra la entidad, invocando la normativa consumeril, o perderá sus privilegios porque el organismo alega su ajenidad al régimen protectorio dispuesto por la Ley 24.240?

Antes de dar respuesta a este interrogante retórico, cabe remarcar que la citada ley es de orden público y que como tal no puede ser dejada de lado por las partes. En otro trabajo hemos dicho que “Otra característica distintiva del orden público está dada por la irrenunciabilidad de los principios protectorios contenidos en la ley 24.240. Esto implica que las partes no pueden acordar entre ellas dejar de lado principios de la ley 24.240.”²⁷¹

El orden público, en definitiva, limita la autonomía de la voluntad y las pretensiones de las partes.

²⁶⁹ Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2009, pg. 110.

²⁷⁰ Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2009, pg. 118.

²⁷¹ Shina, Fernando E, *Ley de Defensa del Consumidor Comentada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2022, pg. 558.

Si la respuesta fuera contraria a los intereses del consumidor y protectoria de la entidad, se daría una situación escandalosa. El consumidor afectado podría demandar a la entidad financiera, amparándose en la Ley 24.240, pero no podría usar ese mismo ordenamiento legal para demandar al instituto provincial que también participó, de manera protagónica, en el desarrollo del negocio que, por el motivo que fuera, terminó en una disputa legal.

Resulta inadmisibles que un mismo contrato, celebrado entre distintas personas y cuya finalidad sea el cumplimiento del mismo objetivo, tenga un régimen legal diverso para cada sujeto.

Nosotros sostenemos que ningún organismo, sea público o privado, tenga o no finalidad lucrativa, puede estar eximido de cumplir leyes de orden público como lo es la Ley 24.240.

En sumario: si el negocio constituye una relación de consumo, todos los involucrados responden con la misma ley. Es decir, todos tienen los mismos derechos; y si alguna parte tuviera un privilegio legal, el privilegiado sería el consumidor y no el instituto provincial de la vivienda, siguiendo el ejemplo propuesto.

f) La finalidad de lucro no determina la condición de proveedor.

La controversia que estamos examinando, se origina en la finalidad NO lucrativa que ostentan estos organismos. Se argumenta que careciendo de intención de lucro mal puede el organismo ser considerado un proveedor de bienes y servicios.

Sin embargo, buena parte de la doctrina sostiene la posición contraria, apuntando que el hecho de que no puedan ser considerados proveedores, en el sentido técnico de la palabra, no implica que no tengan que responder, al menos antes los consumidores, como si lo fueran. Chamatropulos, entre otros, se ocupa de esta cuestión y presenta algunas soluciones jurisprudenciales interesantes, En un "...caso sanjuanino en donde un consumidor demandó por la escrituración de un inmueble, se consideró que el hecho de que el demandado sea una entidad gremial no era un obstáculo para la aplicación de la LDC, pues se trataba de una norma de orden público.²⁷²

Es que, sostener la posición contraria ocasionaría situaciones contrarias al ordenamiento. Podría ocurrir que un consumidor pierda todos los derechos, de raíz constitucional, emergentes de la ley 24.240, por el hecho de que su contraparte alegue

²⁷² Chamatropulos, Alejandro, p. 149.

que no es un “proveedor”. Sería una situación absurda en la cual, a contramano de todos los principios que rigen esta rama del derecho, se privilegian los derechos de la parte fuerte de la relación jurídica en desmedro de los derechos de la parte más débil.

Rusconi, citado por Chamatropulos, también acierta cuando apunta que "... lo importante no es la búsqueda de lucro sino la profesionalidad de quien actúa como proveedor...de lo contrario, se podría dejar sin tutela a los consumidores o usuarios que se relacionan con obras sociales, asociaciones, mutuales, cooperativas etc.²⁷³

Por otra parte, la finalidad de lucro no es un requisito legal para constituir la condición de proveedor. Ni el art. 2 de la LDC, ni el art. 1093 del CCyC disponen que ese recaudo sea imprescindible para que un sujeto pueda ser considerado un proveedor obligado en los términos la ley 24.240 que, dicho sea de paso, es de orden público conforme lo establece el art. 65 de ese estatuto.

g) El proveedor equiparado.

Otra posible solución, para asumir una posición más protectoria de los derechos del consumidor, es pensar en la posible existencia de un proveedor equiparado; es decir, un sujeto u organismo, público o privado, que sin ser un proveedor real está equiparado, tiene las mismas obligaciones y responsabilidad asumida por los por los proveedores designados en los arts. 2 de la LDC y 1093 del CCyC.

La teoría del proveedor equiparado, cuya creación se atribuye al jurista brasilero Leonardo Bessa²⁷⁴, se basa "...en la necesidad de extender la tutela consumeril a una serie de sujetos cuya inclusión en las disposiciones legales protectorias resulta del todo clara.", dice acertadamente Chamatropulos.²⁷⁵

Nosotros compartimos esta teoría que es útil para llenar una laguna legal que suele ocasionar grandes perjuicios para los consumidores. Después de todo, si existe la figura del 'consumidor equiparado' (art. 1 de la LDC) no vemos inconveniente en aplicar un criterio análogo para justificar la existencia de un proveedor equiparado.

h) Importancia de la cuestión.

²⁷³ Chamatropulos, Alejandro, op.cit, p. 149.

²⁷⁴ Chamatropulos, Alejandro, op.cit, p. 150.

²⁷⁵ Chamatropulos, Alejandro, op.cit, p. 150.

Es necesario ensanchar la noción de proveedor para evitar la fuga del microsistema legal de defensa del consumidor de muchos sujetos que prestan servicios profesionales sin ser alcanzados por la ley 24.240.

Como dijimos al comienzo, esta situación no es infrecuente y afecta a organismos tales como sindicatos, mutuales, agencias estatales para la construcción de viviendas, etc. En ese orden de ideas, Chamatropulos acertadamente postula que "Los casos previstos en este apartado merecen especial atención ya que cooperativas, sindicatos, obras sociales, mutuales, etc., prestan cada vez mayor cantidad de servicios a asociados e incluso, en muchos supuestos lo hacen en alianzas estratégicas con empresas de bienes y servicios."²⁷⁶

i) Conclusiones.

A modo de cierre y sumario de las ideas presentadas, sostenemos el ensanchamiento de la definición legal de 'proveedor'. La idea que postulamos procura que muchos organismos del sector público sean alcanzados por el microsistema legal protectorio de defensa de los consumidores. Los argumentos que fundan nuestra posición son los siguientes:

(a) La Ley 24.240, conforme lo dispone su art. 65 es de orden público. Lo propio de esa pertenencia es que sus disposiciones NO puedan ser dejadas de lado por la mera voluntad de la partes ni por la renuncia de quien se beneficia con ellas;

(b) Los derechos del consumidor tienen jerarquía constitucional. La eximición que algunos organismos invocan para quedar afuera del alcance de la ley protectoria, toda vez que resulta perjudicial para los intereses de los consumidores, atenta contra derechos constitucionales de rango superior;

(c) Conforme lo dispone el art. 1094 del CCyC., en caso de existir dudas acerca del régimen legal aplicable, corresponderá aplicar el que resulte más beneficiario para los intereses del consumidor. En el caso que nos ocupa, no caben dudas de que lo más favorable a los derechos del consumidor es que los proveedores autoexcluidos sean alcanzados por las normas protectorias del microsistema legal de defensa de los consumidores;

²⁷⁶ Chamatropulos, Alejandro op.cit, p. 150.

(d) En sentido, similar, el art. 1095 establece que los contenidos que integran los contratos de consumo deben ser interpretados de acuerdo al criterio más favorable a los consumidores.

(e) La conexidad contractual, prevista en los arts. 1075 y siguientes del CCyC determina que se aplique un mismo sistema legal para un contrato que, debido a objetivo común, es indivisible.

(f) No se trata de un debate acerca de la dudosa condición de proveedor de una entidad pública, sino de la indubitada condición de consumidor que tiene el afectado que promueve una acción judicial de consumo, en los términos de la ley 24.240 y demás concordantes del ordenamiento.

a) Planteo del problema.

El Derecho Antidiscriminatorio ya lleva algunos años de evolución dentro de nuestro sistema jurídico nacional. A partir de la sanción de la Ley 23592 se ha ido creando una frondosa jurisprudencia que ha venido a integrar las deficiencias que pudo haber tenido la norma originaria dando lugar al nacimiento de un sistema jurisprudencial que trasciende largamente el texto positivo.

En ese sentido, y a partir de algunos casos fundentes, la Corte Suprema de Justicia junto con otros tribunales de menor jerarquía introdujo el concepto de discriminación indirecta que ya lleva varias décadas de vigencias en otros países con desarrollos doctrinarios y positivos que bien pueden ser recibidos en el Derecho argentino.

En una primera parte me voy a analizar la evolución del concepto en el Derecho comparado; después voy a referirme a su regulación local para por último analizar si el exiguo plazo de caducidad previsto para reclamar compensación económica, que introdujo el nuevo Código Civil y Comercial, crea una discriminación indirecta en contra de las parejas que han decidido vivir en uniones convivenciales respecto a aquellas unidas en matrimonio.

b) La discriminación indirecta, origen y evolución.

b.1. Estados Unidos la teoría del disparate impact.

El origen de lo que llamamos discriminación indirecta debe buscarse en la teoría del disparate impact nacida en los Estados Unidos.

La larga lucha contra el racismo y lo arraigado de las conductas racistas demostró que, a pesar de todas las normas cada vez más estrictas y cada vez más detalladas, los afrodescendientes continuaban sin tener acceso a ciertos puestos de trabajo; seguía habiendo escuelas con predominancia caucásica y otras con predominancia afrodescendientes y varias zonas de las ciudades continuaban segregadas.

²⁷⁷ Abogado, Doctor en Derecho, docente en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, juez en la Cámara de Apelaciones de Esquel.

Fue así como se advirtió que, muchas veces, la categoría utilizada para discriminar, tales como raza, sexo religión, etcétera, no se encontraban expresadas en el criterio de selección, sino que se evidenciaban al aplicar, en la práctica, ese mismo criterio. Por ejemplo, si se exigía títulos que certifiquen educación secundaria en empleos cuya naturaleza no requería ese tipo de conocimientos, el requisito operaba como un valladar para la mayoría de los postulantes afrodescendientes. Es que la segregación en la educación había sido padecida por largo tiempo, y las escuelas reservadas para afrodescendientes, no solo eran de inferior calidad sino también escasas. Era natural que solo un número muy exiguo de afrodescendientes pudiera exhibir un título de graduación en escuela secundaria. No se debe olvidar que recién con la emblemática sentencia en *Brown vs. Board of Education* (1954)²⁷⁸, se comenzó a integrar a las personas en iguales establecimientos educativos, pero la verdadera integración llevaría muchísimo tiempo.

En 1971 la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos dictó sentencia en el caso *Griggs vs. Duke Power Company*²⁷⁹. Duke Power era una compañía de electricidad que, durante muchos años, había mantenido una política racial expresa y pública. En forma sistemática rechazaban a cualquier postulante afrodescendiente. Tiempo después comenzaron a aceptarlos, pero solo para los puestos de menor jerarquía. Cuando en 1965 entró en vigencia la Ley de Derechos Civiles, la compañía decidió exigir título de escuela secundaria, aun para los trabajos más sencillos que no necesitaban conocimientos especiales. Además había que aprobar test de conocimiento y destreza (*Test Wonderlick y Bennet*) que tampoco tenían una relación razonable con el trabajo.

Cuando la cuestión llegó a la Corte Suprema de Justicia, el Juez Warren Earl Burger, encargado de redactar el voto mayoritario lo hizo de una forma tan simple como gráfica. Recurrió a la fábula del zorro y la cigüeña. Dijo "...los criterios para la admisión o el ascenso en el empleo, no pueden proporcionar una igualdad similar a la de aquella fábula donde la cigüeña y el zorro deben tomar leche de idénticos recipientes" por el contrario, se deben tener en cuenta las circunstancias propias de cada uno "el recipiente donde se sirve la leche ha de poder ser usado por todos los comensales"²⁸⁰ y no debe ser igual.

A partir de allí la doctrina y la jurisprudencia advirtieron que la discriminación podía derivar tanto de un trato desigual (*disparate treatment*) como de un impacto desigual

²⁷⁸ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)

²⁷⁹ *Griggs v. Duke Power Company* 401 U.S.424 (1971).

²⁸⁰ *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 431 (1971).

(disparate impact) y que ambos eran repudiables. También se advirtió que en el caso de disparate impact la intención de quien discrimina era totalmente irrelevante y que este tipo de discriminación podía perjudicar no solo a los afrodescendientes, sino a cualquier grupo humano, tales como hispanoparlantes²⁸¹, pueblos ancestrales²⁸², mujeres²⁸³, musulmanes²⁸⁴, discapacitados²⁸⁵ e inclusive contra los mismos caucásicos²⁸⁶. Esto último contradice la teoría sustentada entre muchos otros autores por Post y Siegel (2013). Para ellos, la discriminación solo es repudiable cuando afecta a grupos subordinados y no a grupos subordinantes. Es que un mismo individuo adscribe a un número elevado de grupos y hay tantos estatus como combinaciones posibles.

b.2. Europa y la discriminación indirecta.

La teoría del disparate impact pronto llegó a UE y fue introducida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es en este ámbito donde adquiere el nombre de discriminación indirecta.

Se sostiene (Lousada Arocheba 2004–198) que el primer caso donde se reconoció la existencia de una discriminación indirecta fue en Defrenne II (1976)²⁸⁷. Una azafata de la línea aérea belga (Sabena) cuestionó el hecho de que las azafatas ganasen menos que los auxiliares de a bordo cuando realizaban el mismo trabajo. Advertía que las azafatas eran mujeres y que los auxiliares de a bordo eran varones. Es así que la distinción se consideraba indirectamente contraria el principio de igualdad de salarios contenida en el artículo 119 del TCEE²⁸⁸.

²⁸¹ Alexander v. Sandoval 532 U.S. 275 (2001).

²⁸² Wards Cove Packing Co. v. Atonio 490 U.S. 642 (1989)

²⁸³ Dothard v. Rawlinson 433 U.S. 321 (1977).

²⁸⁴ EEOC v. Sambo's of Georgia, Inc., 530 F. Supp. 86, 92 (N.D. Ga. 1981).

²⁸⁵ Alexander v. Choate 469 U.S. 287 (1985).

²⁸⁶ Ricci v. DeStefano 557 U.S. 557 (2009).

²⁸⁷ Defrenne II Asunto 43/75. 8 de abril de 1976.

²⁸⁸ Artículo 119 del TCEE: Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a). que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b). que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

A partir de allí el TJUE realizó una extensa labor jurisprudencial logrando una regulación detallada y eficiente del instituto que poco tiempo después fue incorporada en distintas Directivas Comunitarias y hoy es la más avanzada, de allí que su estudio resulte ineludible.

En la doctrina europea, Carmona Cuenca (2012 – 72) dio un concepto acabado de discriminación indirecta cuando dijo que: “...es la prevista en una norma o medida que contiene expresamente un trato diferenciado y desfavorable para ciertos colectivos carente de justificación, por ejemplo una norma que prohibiera a las mujeres pilotear aviones. La discriminación indirecta, en cambio, no está enunciada de manera expresa en la norma o medida, que aparentemente es neutral, pero se produce como consecuencia necesaria de la aplicación de la misma”.

Cabe destacar que así como en Estados Unidos la teoría del disparate impact surgió y evolucionó para combatir la discriminación racial, en Europa la discriminación indirecta tuvo por objetivo principal combatir la discriminación por razones de género. No obstante, al igual que en Estados Unidos, el TJUE consideró discriminación indirecta supuestos donde las víctimas eran nacionales de otros países comunitarios²⁸⁹; musulmanes²⁹⁰ y discapacitados²⁹¹ pero también varones²⁹², gerentes de empresas extranjeras²⁹³ e incluso admitió la posibilidad de que las empresas mismas fuesen víctimas de discriminación en su condición de extranjeras²⁹⁴. No queda dudas de que la discriminación indirecta no es un derecho anti subordinación, sino que persigue la interdicción de cualquier forma de trato discriminatorio sin importar a qué grupo pertenezca la víctima.

b.3. La discriminación indirecta en el sistema Interamericano.

El desarrollo de la discriminación indirecta en el ámbito del Derecho Interamericano fue muy escaso, sin embargo tanto la Comisión Interamericana de

²⁸⁹ Giersch. Asunto C-20/12. 20 de junio de 2013. Braganca Linares Verruga y otros. Asunto C-238/15. 14 de diciembre de 2016. Comisión de Comunidades Europeas/ Reino de Bélgica. Asunto C-278/94. 12 de septiembre de 1996

²⁹⁰ Aschbita. Asunto C-157/15. 14 de marzo de 2017.

²⁹¹ Ruiz Conejero. Asunto C-270/16. 18 de enero de 2018.

²⁹² Leone. Asunto C-173/13. 17 de junio de 2014.

²⁹³ Clean Car Autoservice. Asunto C-350/96. 7 de mayo de 1998.

²⁹⁴ Hervis Sport. Asunto C-385/12. 5 de febrero de 2014

Derechos Humanos (CIDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han dado algunos pasos en ese sentido.

La Comisión ha dicho que la revisión de normas y de políticas públicas tendente a determinar si hubo discriminación o si se trasgredió el principio de igualdad incluye también el análisis del posible impacto discriminatorio aun cuando, en apariencias, tales normas y políticas parezcan neutrales²⁹⁵.

También la Corte IDH ha hecho alusión a este instituto en varios casos decididos por ella²⁹⁶. Sin embargo queda un largo camino a recorrer donde el llamado diálogo entre jurisdicciones permitirá incorporar el evolucionado derecho de la UE.

c) **La situación de convivencia como categoría de discriminación.**

La legislación antidiscriminatoria de los diferentes países, así como los tratados internacionales incluyen un listado de categorías respecto a las cuales está prohibida la discriminación. En general, no se trata de un listado taxativo, tienen en cuenta las condiciones propias del lugar y su particular historia de discriminaciones. El Manual de legislación europea contra la discriminación introduce el concepto de categorías protegidas y las define como: Una característica protegida de una persona es una condición de la misma que no debe considerarse relevante para administrarle un trato diferenciado, ni para que goce de un determinado beneficio.

Ruiz Miguel (1999-52) sostiene que no todas las categorías son iguales sino que hay algunas más importantes o más graves que otro. Fernández López (2009-15) describe un núcleo duro integrado por raza, sexo, religión, e ideología. En mi opinión esto varía conforme a la historia y a las circunstancias de cada sistema. En los Estados Unidos hay una especial preocupación por la raza, mientras que en la Unión Europea se presta más interés al género, pero ello no significa que se desatienda a otras categorías como la religión, la nacionalidad, ideología u opinión; posición económica social; las capacidades diferentes, la edad, los caracteres físicos, etcétera.

²⁹⁵ “Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos” aprobado el 12 de febrero de 2019 pág. 36 Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) Costa Rica. 14 de julio de 2010 125.

²⁹⁶ Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) Costa Rica. 14 de julio de 2010 125 Caso Espinoza González vs. Perú; caso Norín Catrimán y otros vs. Chile; caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana conf. cit de Pérez, E J “La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos” CNDH. México. 2016. Pág. 49/52 Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia del 24 de octubre de 2012

Collins (2002 47/79) graficó el círculo de privilegios y opresiones donde describe diferentes categorías. Algunas de ellas muy novedosas como la titulación universitaria; la fertilidad y la anglofonía que no aparecen en las legislaciones pero que han sido consideradas como tales por la jurisprudencia. Ciertamente que en la descripción de Collins (2002 47/79) no aparece la condición convivencial que permitiría distinguir entre parejas casadas y parejas de hecho pero ello no es un obstáculo insalvable para tenerlas como categoría discriminatoria ya que el listado se está ampliando constantemente.

¿Qué es lo que hace que una determinada condición se considere categoría discriminatoria? En mi opinión basta con el hecho de que sea empleada para discriminar ya sea directa o indirectamente. No hace falta más. Sin embargo hay quienes consideran que debe tratarse de algo generalizado y persistente en el tiempo.

Aun quienes adscriben a esta última corriente deberán admitir que hay una larga historia de prejuicios respecto a las personas que conviven sin estar casadas. Hasta hace mucho tiempo en Argentina se consideraba como una conducta antijurídica; después se le negó cualquier efecto jurídico; tímidamente se fueron reconociendo algunos derechos al viudo o a la viuda y hoy tienen una regulación pormenorizada en el CCyC y se ha instalado el paradigma de insertar un concepto de familia en una sociedad multicultural pero como se dice en el la Introducción al CCyC (Lorenzetti 2014-10) ello no significa promover determinadas conductas sino ofrecer diferentes opciones. La ley argentina adscribe así al sistema de la regulación integral pero sin que se equipare al matrimonio, ni se le atribuyan los mismos efectos. En el mundo solo hay tres legislaciones bajo el sistema de "parejas de máximos" o equiparación que son la ley holandesa de parejas registradas de 1999; la ley de parejas estables de Navarra de 2000 y la ley de parejas de hecho de la comunidad autónoma Vasca de 2003 (Medina 2014 -70).

Si subsisten diferencias en contra de algunas personas por su adscripción a determinados grupos humanos es necesario justificarlas, pues de lo contrario se incurre en discriminación. Para aventar cualquier duda la adscripción al grupo puede ser producto de una decisión individual y no se necesita un rasgo inmodificable. Concluyo que la situación convivencial bien puede ser considerada una categoría discriminatoria.

d) La recepción del instituto en Argentina.

d.1. La comisión legislativa.

En Argentina la legislación es llamativamente escasa. La vieja ley antidiscriminatoria (Ley 23592) tiene unos pocos artículos sin mucho orden ni claridad. En los tres primeros artículos regula promiscuamente la responsabilidad por daños derivada de una discriminación con un agravamiento de las penas en casos de delitos motivados por persecución u odio. Los tres siguientes imponen la obligación de colocar un cartel en los lugares de acceso al público reproduciendo el artículo 16 de la Constitución Nacional. Lo cierto es que la norma está muy lejos de contemplar los diferentes tipos de discriminación, y entre ellos la discriminación indirecta, pero tampoco la prohíbe y en función de ello la jurisprudencia logró incorporar el instituto a nuestro sistema jurídico mediante una verdadera creación pretoriana.

En los primeros fallos aparecidos hay una confusión entre discriminación indirecta y discriminación oculta. Ambas son cosas distintas. La principal diferencia es que en la discriminación oculta hay una intención de discriminar claramente identificable o presumible mientras que en la discriminación indirecta la voluntad discriminatoria es irrelevante.

El primer caso que suele citarse a este respecto es *Freddo* (2002). De su lectura surge que lo que motivó al tribunal para considerar que había una conducta discriminatoria por parte de la empresa, fue el hecho de que “...durante años...la demandada, (prefirió) la contratación de empleados de sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable el margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal”²⁹⁷.

Es claro para mí que no se trató de un caso de discriminación indirecta sino de discriminación oculta.

d.2. La incorporación jurisprudencial.

En 2013 la Cámara de Apelaciones en lo Civil Comercial Federal sostuvo que la exclusión de cobertura médica en el Plan Médico Obligatorio para los tratamientos de infertilidad produce una discriminación indirecta contra las parejas de escasos recursos; contra las personas infértiles y contra las mujeres.

Más allá de si en el caso hubo o no una discriminación indirecta, lo importante es destacar que el tribunal prescindió de cualquier análisis de intencionalidad en el autor del

²⁹⁷ Fundación Mujeres en Igualdad v. *Freddo S.A.* CNCiv., Sala H, 16/12/02, DT 2003-A-364

criterio. Caso contrario habría sido necesario sostener que, cuando se diseñó el PMO, el Estado Argentino, a través de sus órganos, tenía intención de discriminar²⁹⁸.

Podría decirse que en el caso A P K (2013) se abandonó ya el concepto de discriminación oculta para introducir definitivamente el de discriminación indirecta.

d.3. El caso Castillo (2014).

El caso Castillo (2014)²⁹⁹ fue un muy interesante antecedente jurisprudencial que incorporó bastantes novedades al Derecho argentino y no solo respecto a la discriminación indirecta sino también al haber reconocido la existencia de un derecho humano neutralidad en la educación, lo cual seguramente va a generar polémica en un sistema educativo con amplia tendencia al adoctrinamiento. A los efectos de esta investigación lo importante es destacar que con el caso Castillo (2014) se incorporó la discriminación indirecta a nuestro Derecho nacional.

En Castillo (2014) se analizó la constitucionalidad de una ley de educación de la provincia de Salta en la cual se preveía la enseñanza de la religión como materia curricular. Ciertamente que la norma establecía la posibilidad de que cada padre decida en que religión quería que fueran educados sus hijos e, incluso, podría disponer que no fuera educado en ninguna.

La práctica demostró que la única doctrina religiosa que se enseñaba en las aulas era la católica y que muchos padres habían decidido permitir que sus hijos concurren a dichas clases para que no fuesen identificados como disidente y en por esa circunstancias excluidos entre sus compañeros.

El más alto tribunal nacional, concluyó que la Ley de Educación de Salta producía una discriminación indirecta. La Corte dio un concepto bastante acabado de discriminación indirecta cuando dijo "... hay supuestos en los cuales las normas no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros. A pesar de su apariencia –que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad–, puede ocurrir, sin embargo, que prima facie la norma–aplicada en

²⁹⁸ C.Nac. Ap. Fed. Cap. Fed. A P K Y Otro c/ Obra Social De La Policía Federal Argentina Y Otro s/ Sumarísimo. Marzo 22-2013 fallo n° 13030001

²⁹⁹ CSJN 1870/2014/CS1 Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. De Salta s/ amparo.

un contexto social– produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado”³⁰⁰ y definió el instituto diciendo que se entenderá por tales aquellas “leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras que genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros”³⁰¹.

La jerarquía del tribunal, pero también la claridad del concepto y la contundencia de la fundamentación llevan a todos los tribunales inferiores y a la doctrina científica, a tener especialmente en cuenta aquellos casos donde normas aparentemente neutras impacten desigualmente contra ciertos colectivos humanos sin una justificación adecuada.

e) El plazo de caducidad de la compensación económica.

El plazo de caducidad, es el nuevo Código Civil y Comercial, está regulado en el artículo 524 para ruptura de las uniones convivenciales y en el artículo 441 para el divorcio.

Ambos textos son idénticos y disponen que el cónyuge o el conviviente a quienes la ruptura o el divorcio le “...produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial (o la convivencia) y su ruptura, tiene derecho a una compensación”.

Mediante estas disposiciones legales, un cónyuge o un conviviente puede exigirle al otro un aporte material tendente a equilibrar las diferencias patrimoniales sufridas a causa de la vida familiar, evitando que uno de ellos quede en una situación económica muy inferior a la que tenía.

Sostiene Molina de Juan (2017 – 5/27) que el fundamento del instituto de la compensación económica debe buscarse en tres principios fundamentales: 1) la autonomía individual para concretar su propio proyecto de vida; 2) la solidaridad que deriva de las relaciones familiares y 3) la igualdad de oportunidades de los cónyuges y los convivientes.

A mi criterio no puede sino aplaudirse esta solución, no solo por su indiscutible equidad, sino también porque evita la permanencia en vínculos no queridos y solo alentados por el miedo al desamparo material con la grave lesión a la libertad individual

³⁰⁰ CSJN 1870/2014/CS1 Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. De Salta s/ amparo. Cons. 20

³⁰¹ CSJN 1870/2014/CS1 Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. De Salta s/ amparo. Cons. 20.

que todo ello implica. Como bien dijo López de la Cruz (2009–776), en la actualidad, y después de una larga evolución conceptual, hubo una profunda modificación de las estrategias del Estado tendente a suavizar el control estatal dando cada vez más preeminencia a la autonomía de los individuos.

Queda por analizar la influencia del instituto en las cuestiones de violencia económica de género y familiar, pues no es de sorprender que muchas víctimas, tanto varones como mujeres, se hayan sometido como la única opción al desamparo patrimonial.

En concreto, las disposiciones de los artículos 524 y 441 del C.C. y C. son un importante avance en la regulación de las relaciones privadas

f) El plazo de caducidad. Impacto dispar.

Ahora bien, el legislador ha otorgado un plazo de caducidad muy reducido para ejercer el reclamo por compensación económica. En ambos, tanto en el divorcio como en la ruptura de la convivencia, el plazo de caducidad es de seis meses y están regulados en diferentes artículos del Código Civil y Comercial (CCyC). Para los matrimonios es el artículo 442 y para las uniones convivenciales es el artículo 525. Se trata de un criterio de selección aparentemente neutro pues no hay un trato expresamente diferente para las personas que hayan optado por una u otra forma de convivencia.

Una línea de investigación interesante resultaría analizar si se trata de un plazo de prescripción o de caducidad, pues según sea la conclusión adoptada, lo que voluntariamente entregue uno de los convivientes al otros después de finalizada la relación sería repetible o no. Sin embargo no es la finalidad de este trabajo.

Al parecer, la finalidad del legislador fue resguardar la seguridad jurídica y evitar que subsista por demasiado tiempo la incertidumbre patrimonial posterior a la ruptura en la que el individuo mejor posicionado económicamente no sabría si se le exigiría o no la mentada compensación.

Ciertamente que se trata de un plazo muy exiguo, pero ello responde a una cuestión de política legislativa cuyo análisis pormenorizado es ajeno al presente trabajo, salvo en lo referido a la justificación³⁰².

³⁰² Volveré sobre esta cuestión al analizar la justificación del impacto dispar del plazo de caducidad en contra de las parejas convivenciales

Por último, el plazo de caducidad comienza a correr a partir de la ruptura de la unión lo cual en el matrimonio se produce al momento del divorcio y en la unión convivencial a partir del cese de la convivencia.

Dicho de esta forma, el régimen que regula la compensación económica es aparentemente neutro. No privilegia a ningún grupo. Ya sea que la pareja esté unida por matrimonio, ya sea que esté en unión convivencial, tienen igual derecho a recibir compensación económica; el plazo de caducidad es igualmente reducido en ambos casos y el comienzo del cómputo parte de la ruptura.

Ahora bien, cuando se aplica el criterio aparentemente neutro a una situación concreta, las consecuencias son muy distintas.

En el caso del matrimonio, la decisión de romper el vínculo, ya se trate de una iniciativa unilateral o bilateral, la parte con derecho a reclamar la compensación cuenta con todo el tiempo de prescripción de la acción de divorcio más el tiempo que dure el trámite procesal.

Es claro que hay un impacto dispar negativo en contra de las parejas unidas en unión convivencial si se las compara con las unidas en matrimonio. Apareced así configurado el primer elemento de toda discriminación indirecta

g) La gravedad del impacto dispar.

Una de las cuestiones que más ocupó a los estudiosos de la discriminación indirecta fue el grado de gravedad para ser considerada intolerable. En el Derecho comparado hay consenso en que el impacto dispar contra cierto colectivo humano solo se considera discriminación indirecta cuando supere un grado de relevancia dado (Díaz Revorio 2015-83)³⁰³. Dicho de otra forma, no todo impacto dispar en contra de un grupo humano se considerará discriminación indirecta.

g.1. En la jurisprudencia de los EEUU.

El problema radica en determinar cuál será el criterio para decir que un impacto dispar es relevante o no.

³⁰³ Díaz Revorio, F.J. “Discriminación en las relaciones entre particulares” Tirant Lo Blanch. México 2015 página 83 ídem SAEZ LARA, C. “Las discriminaciones indirectas en el trabajo”. Cuadernos de Relaciones laborales n° 6 Universidad Complutense. Madrid 1995 página 74 ídem Noguera/Guastavino, M. “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente” Lan Harremanak/25 (2012) página 33.

En los Estado Unidos solo se considera relevante el impacto dispar cuando alcanza cierto porcentaje. El Comité para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (E.E.O.C) elaboró una Guía Uniforme para los Procedimientos de Selección de Empleados (Uniform Guidelines for Employee Selection Procedure). Allí se estableció la llamada regla del ochenta por ciento o de los cuatro quintos. Conforme a ella solo hay impacto adverso cuando la tasa de selección de los postulantes supuestamente discriminados es inferior en un 20% a la de los individuos que integran otro grupo humano.

La mejor forma de entenderlo es con un ejemplo: En el plazo de un año una empresa ofreció 400 vacantes de trabajo. Se presentaron 1500 postulantes. 1000 eran varones y 500 mujeres. Los puestos fueron otorgados a 300 varones y a 100 mujeres

Si de quinientos postulantes mujeres solo se contrataron cien, ello significa que el veinte por ciento de las mujeres tuvo éxito.

Si de mil postulantes varones se contrataron trescientos, ello significa que el treinta por ciento de los postulantes varones tuvo éxito.

Si el porcentaje de mujeres contratadas fuese inferior al ochenta por ciento que el porcentaje de varones, significa que el impacto dispar es significativo.

Veinte por ciento no equivale al ochenta por ciento de treinta, sino solo a un sesenta y seis con sesenta y siete. Ello permite afirmar que el impacto dispar en perjuicio de las mujeres fue lo suficientemente significativo y debe ser considerado discriminatorio³⁰⁴.

g.2. En el Derecho de la UE.

La solución adoptada por Derecho de los Estados Unidos es criticables desde varios puntos de vista. En primer lugar solo sirve para las discriminaciones pasadas, pero no para las futuras, de forma tal que si se sospecha que un criterio de selección va a ser producir un impacto dispar, no tenemos forma de saber si va a alcanzar la regla o no.

En segundo lugar solo es útil cuando los grupos a comparar son dos, pero puede suceder que se trate de varios grupos en competencia como podrían ser tres o más colectivos étnicos. Por último, tratándose de un criterio exclusivamente numérico puede ser que uno o dos individuos hagan diferencia en una selección que implica a miles de ellos.

³⁰⁴ Mondy R. W. y Noe R. M. Administración de recursos humanos. Trad. Miguel Ángel Sánchez Carrión. Pearson Practice Hall. 9na. Ed. Pag 68.

Es por lo dicho que, en el Derecho europeo, además del número, se tienen en cuenta otras cuestiones tales como la reiteración de la discriminación, las características de los perjudicados, la intención etcétera.

g.3. En el Derecho argentino.

También en el Derecho nacional se exige que el impacto dispar sea de cierta gravedad. En Freddo (2002) el tribunal se refería a una proporción tan considerable que torna irrazonable el margen de discrecionalidad³⁰⁵ En “APK” (2013) y en “Castillo” (2014) se habla de un “impacto desproporcionado”³⁰⁶.

¿Cuál será el grado de relevancia del impacto dispar en la compensación económica?; ¿Será necesario saber qué porcentaje de individuos optan por cada forma matrimonial?; ¿Qué porcentaje de cada grupo reclama compensación económica?; ¿A cuántos se les considera caduco el derecho?

Tobler (2008–35/36) sostuvo que, en la práctica, la identificación de un nivel preciso de impacto dispar no es necesaria en aquellos casos en los que no se necesita la prueba estadística³⁰⁷.

Lo que se está comparando aquí son los alcances de un derecho subjetivo en expectativa. Dicho de otra forma. Lo que interesa saber es cuantas parejas unidas en convivencias tienen un plazo de caducidad empíricamente más corto que las parejas unidas en matrimonio para reclamar compensación económica. La respuesta es: todas. Por eso no hacen faltas estadísticas y por eso el impacto dispar ha de considerarse lo suficientemente grave, pues incluye a la totalidad de casos. En casos como estos no hace falta recurrir a ninguna prueba estadística y basta con una simple operación de lógica especulativa para concluir que el impacto desigual será real y cierto.

h) Ausencia de justificación.

h.1. El requisito de justificación razonable.

Ahora bien, resta determinar si hay algún justificativo para que las parejas unidas en convivencia resulten perjudicadas respecto a las unidas en matrimonio.

³⁰⁵ Fundación Mujeres en Igualdad v. Freddo S.A. CNCiv., Sala H, 16/12/02, DT 2003-A-364.

³⁰⁶ C.Nac. Ap. Fed. Cap. Fed. A P K Y Otro c/ Obra Social De La Policía Federal Argentina Y Otro s/ Sumarísimo. Marzo 22-2013 fallo n° 13030001. CSJ 1870/2014/CS1 Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. De Salta s/ amparo

³⁰⁷

La Corte IDH reconoció que no cualquier diferencia de trato implica discriminación. Textualmente dijo que “La igualdad de trato queda violada cuando “...la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de una justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no solo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”³⁰⁸.

El Juez Rodolfo Pisa Escalante en su voto dentro de la misma opinión consultiva citada anteriormente explicó que para que la distinción fuese legítima debía obedecer a tres criterios básicos que son el de razonabilidad, el de proporcionalidad y el de adecuación. Una distinción es razonable cuando es adecuada a la recta razón, a la justicia y al bien común en atención a la naturaleza y fines a que la norma o la conducta refieren.

La proporcionalidad es el encaje armónico en el sistema de principios y valores que caracterizan objetivamente ese ordenamiento como un todo.

Por último, la adecuación alude a las circunstancias concretas de la sociedad en que las normas o conductas cuestionadas producen sus efectos. El juez Pisa Escalante pone como ejemplo el supuesto de una norma que exija saber leer y escribir para poder votar. Ella sería adecuada en una sociedad con altos niveles de alfabetización, pero inadecuada en otra que no tuviera esa característica.

En el ámbito nacional, nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho en el caso “Castillo” que para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines³⁰⁹.

Sintetizando, para determinar si la diferencia de impacto entre ambos grupos, es decir entre parejas convivenciales y matrimonios, está justificada o no, lo primero a analizar es si persigue un fin legítimo y solo una vez que ello fuese respondido afirmativamente, correspondería analizar si los medios empleados para alcanzar ese fin fueron los adecuados.

³⁰⁸ Corte IDH O-C del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación de la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización, solicitada por el Gobierno de Costa Rica

³⁰⁹ CSJN 1870/2014/CS1 Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. De Salta s/ amparo.

De momento no se han expuesto en la jurisprudencia ningún argumento que específicamente justifique el impacto dispar en contra de las parejas unidas en convivencia.

Dada la evolución de nuestro sistema jurídico no puede sostenerse que ello se deba a la preferencia de una forma de familia respecto a las demás. Lorenzetti (2014-10), en su introducción al Código Civil y Comercial bajo el título “La familia en una sociedad multicultural” explica que la finalidad de la ley es ofrecer distintas opciones de vida de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender. Expresamente dice que “Esta regulación no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto a alguna de ellas”.

Ahora bien, si la finalidad del impacto desigual en contra de las uniones convivenciales fuera dar preferencia a una forma de convivencia estaríamos ante a un fin evidentemente ilegítimo.

h.2 ¿Las variaciones patrimoniales posteriores?

Sanjuan (2019) sostiene que el plazo de caducidad reducido obedece a que se trata de una herramienta destinada a compensar el desequilibrio patrimonial que perjudica a un cónyuge respecto del otro y por ello debe ser pedida en un plazo cercano a la ruptura. De esta forma se evitaría que las variaciones patrimoniales posteriores tengan influencia en un reparto que se debe hacer atento a los bienes existentes al momento de la convivencia.

Lo dicho tampoco explica el diferente impacto de la norma, pues ya se trate de un matrimonio o de una unión convivencial, en ambos casos es igualmente posible que el patrimonio tenga variaciones posteriores a la ruptura.

h.3 ¿La teoría del clean break?

Por último, en los sistemas del Derecho Escrito se va abriendo paso la doctrina anglosajona del clean break, que propone dejar resuelta cuanto antes la cuestión económica para terminar con la dependencia económica de uno de los miembros de la pareja respecto al otro y llegar a un equilibrio entre la protección de los intereses de la extinta familia y la futura, si se decide integrar una nueva (López de la Cruz 2009-777/778). Tampoco aquí se aprecia razón alguna para que las uniones convivenciales tengan, de hecho, un plazo más reducido.

Bien puede concluirse que no hay un fin legítimo que pueda justificar el impacto dispar padecido por las uniones de hecho en relación con los matrimonios y que estamos claramente ante una discriminación indirecta.

i) Conclusión.

Tal como está diseñado el sistema de caducidad de la acción para reclamar compensación económica en caso de ruptura de la pareja, crea una ventaja a los individuos unidos en matrimonio frente a los que decidieron formar una unión convivencial, pues estos segundos solo tienen seis meses a partir de la ruptura mientras que los primeros adicionan a ese plazo todo el tiempo anterior al inicio de la acción de divorcio e, incluso el exiguo plazo procesal que durará este último trámite.

Esta desventaja afecta a todas las parejas unidas en convivencia, es por eso que no hace falta extraer estadísticas para saber que el impacto es desproporcionado, tal como exige nuestra jurisprudencia.

El impacto desigual desproporcionado no tiene un justificativo plausible que pueda ser invocado como fin legítimo.

Es probable que el legislador no haya advertido esta diferencia de impacto. Es más, nada haría sospechar lo contrario. No obstante la ausencia de intención no priva a la situación de su carácter discriminatorio, pues queda probado el impacto dispar desproporcionado y sin justificación en contra de un grupo humano determinado.

Quedan de esta forma configurados los elementos necesarios para sostener que el régimen bajo análisis implica una discriminación indirecta en contra de las parejas convivenciales.



www.fcj.unp.edu.ar