VOL. VI Nº 1 | DICIEMBRE 2014 ISSN 2313-9285

CIDJLP

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

ESPECIAL: A VEINTE AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

CONCURSO CONVOCADO POR EL COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS JUDICIALES DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

PODER CONSTITUYENTE Y PUEBLO EN EL SIGLO XXI. JUAN FACUNDO BESSON

APRENDER DESDE LO CONSTRUIDO, CONSTRUIR DESDE LA EXPERIENCIA Y REFLEXIÓN. MAITÉ BOSCHETTO, JAVIER OSCAR MARCHANTENÉ Y AGUSTINA LEONOR FELIZIA

HACIA UNA NOCIÓN APERTURISTA DE LA DOBLE INSTANCIA. MARCIA ALEXANDRA CATINARI.

CURSOS DE AGUA COMPARTIDOS EN EL FEDERALISMO ARGENTINO. MARÍA DE LAS NIEVES CENICACELAYA - LEONARDO FABIO PASTORINO.

EL ART. 124 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL DESAFÍO DEL FEDERALISMO. ARMANDO MARIO MÁRQUEZ.

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO GARANTÍA JURÍDICA. FABIÁN NORBERTO MURÚA.

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA FÓRMULA "EN LAS CONDICIONES DE SU VIGENCIA" A VEINTE AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. AGUSTINA G. PÉREZ.

TRABAJO INFANTIL: UNA PROBLEMÁTICA SOCIAL DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA REFORMA DEL AÑO 1994. LA INCORPORACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO A NUESTRA LEY FUNDAMENTAL. FLORENCIA VAZZANO.

SUPLEMENTO ONLINE: DEBATES DE LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE DE 1994

VOL. VI Nº 1 | DICIEMBRE 2014 ISSN 2313-9285

CDJLP

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

INDICACIONES PARA LA REMISION DE COLABORACIONES A ESTA REVISTA

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y deberán enviarse en archivo adjunto de formato .doc hasta el 15 de mayo de 2015 a la dirección jurisprudencia@juslapampa.gov.ar, verificando el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Deberán ser inéditos y no estar pendientes de evaluación en otra publicación.
- Los trabajos deberán ser de índole conceptual, y podrán consistir en un análisis de doctrina o teoría del derecho, de legislación o de líneas jurisprudenciales, así como estudios históricos, sociales o culturales relacionados con temas jurídicos. Se priorizarán los trabajos que hagan referencia a temáticas locales. No se considerarán contribuciones dedicadas a comentar fallos singulares.
- Se admitirán trabajos de autores colectivos (co-autores).
- La extensión del trabajo no deberá exceder las 30 páginas en hoja tamaño A4, escrita con tipo de letra "Times New Roman" tamaño 12 para el texto y 10 para las citas, con interlineado de 1,5, y márgenes de páginas de 2,5 cm. en todos los casos.
- Deberán observar las pautas de formato que se describen en la sección "publicaciones" de la web www.ccjlapampa.blogspot.com

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COMPOSICIÓN AÑO 2014

Presidente

DR. HUGO OSCAR DÍAZ

Ministros

DR. EDUARDO FERNÁNDEZ MENDÍA

DRA. ELENA VICTORIA FRESCO

DR. VÍCTOR LUIS MENÉNDEZ

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COORDINACIÓN

GUSTAVO ARBALLO

EQUIPO DE LA SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

ANAVELIA ÁLVAREZ

MERCEDES ANDREOTTI

ROMINA MARASCHIO

CONTACTO

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

PASAJE DEL SUPERIOR TRIBUNAL Nº 70

SANTA ROSA, LA PAMPA (CP 6300)

EMAIL: jurisprudencia@juslapampa.gov.ar

Los artículos firmados son de exclusiva responsabilidad de sus autores
y no reflejan la opinión de los responsables de esta publicación, las instituciones
que integran o auspician ni la del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa.

INDICE

DOCTRINA

PODER CONSTITUYENTE Y PUEBLO EN EL SIGLO XXI
Juan Facundo Besson 13

APRENDER DESDE LO CONSTRUIDO, CONSTRUIR DESDE LA EXPERIENCIA Y REFLEXIÓN
Maité Boschetto, Javier Oscar Marchantené y Agustina Leonor Felizia 43

HACIA UNA NOCIÓN APERTURISTA DE LA DOBLE INSTANCIA
Marcia Alexandra Catinari 69

CURSOS DE AGUA COMPARTIDOS EN EL FEDERALISMO ARGENTINO
María de las Nieves Cenicacelaya y Leonardo Fabio Pastorino 107

EL ARTÍCULO 124 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL DESAFÍO DEL FEDERALISMO
Armando Mario Márquez 129

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO GARANTÍA JURÍDICA
Fabián Norberto Murúa 149

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA FÓRMULA "EN LAS CONDICIONES DE SU VIGENCIA" A VEINTE AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL
Agustina G. Pérez 175

TRABAJO INFANTIL: UNA PROBLEMÁTICA SOCIAL DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA REFORMA DEL AÑO 1994. LA INCORPORACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO A NUESTRA LEY FUNDAMENTAL
Florencia Vazzano 211

◘ ◘ ◘

En 2014, en el vigésimo aniversario de la reforma de las Constituciones nacional y provincial y a treinta años de la recuperación de la democracia en nuestro país, el **Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa** convocó a profesionales, docentes, investigadores y estudiantes del campo del derecho y disciplinas afines y público en general a presentar artículos científicos y ensayos inéditos sobre el estado de los procesos socio-jurídicos que hacen operativos los derechos y garantías consagrados constitucionalmente, los problemas que enfrenta el estado de derecho en la actualidad en nuestra provincia y región a fines de resignificar los principales debates sobre la materia a la luz de los desafíos pendientes.

Asociándonos con la propicia iniciativa, desde la Revista "Cuadernos de Doctrina" estamos publicando en este número especial los artículos seleccionados en esa Convocatoria.

Como aporte complementario, hemos preparado desde el Centro de Capacitación Judicial una edición online de las versiones taquigráficas de las Sesiones de la Convención Constituyente de Santa Fe – Paraná de 1994. Estos debates aparecen por primera vez compilados en un documento digital unificado, que puede descargarse desde la sección "publicaciones" de la web www.ccjlapampa.blogspot.com.

PODER CONSTITUYENTE Y PUEBLO EN EL SIGLO XXI

Juan Facundo Besson •

Todo lo que no se legisla explicita y taxativamente en favor del más débil, queda implícitamente legislado en favor del más fuerte. No es poderoso el que necesita el amparo legal. El tiene su propia ley, que es su propia fuerza.

Raúl Scalabrini Ortiz

En general, las constituciones se dictan para constituir naciones o para introducir cambios sustanciales en los objetivos, en la organización o en las formas de funcionamiento existentes; es decir, para institucionalizar las revoluciones o contra-revoluciones, que a su vez resultan de las relaciones de poder vigentes en cada país. En la Argentina existieron con claridad dos orientaciones constitucionales básicas: la iniciada en 1853/60 (y sus reformas parciales) y la que significó un quiebre con las anteriores mencionadas, en el año 1949.

En referencia a lo precedentemente expuesto, hacemos referencia a que la superestructura jurídica (con la constitución escrita como directriz) representa la materialización normativa y el programa político, social,

---

• Ayudante-alumno de Derecho Político de la Cátedra "C" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Miembro del Centro de Estudios e investigaciones Políticas, Jurídicas y Sociales "Renato Treves".

económico y cultural que emerge del resultado de la correlación de fuerzas políticas dadas en un momento determinado, para la posteridad. Esto en el caso argentino legitimó y legitima al pueblo (como sujeto político y titular de derechos) o al sector minoritario, oligárquico-corporativo.

1. Poder Constituyente, Constitución y pueblo

Hay consenso en los Tratados de Derecho Constitucional de cabecera en señalar que el *poder constituyente*, es la facultad que tiene el pueblo de constituir la sociedad civil (o Estado) dándose para ello una organización política y jurídica[1]. Desde una posición dogmática, Linares Quintana, señala que ese poder constituyente, singular y extraordinario, esa facultad soberana del pueblo en darse su ordenamiento jurídico político fundamental, es ejercido por una comunidad carente de Constitución para dictarse la primera de ellas. Estamos aquí frente al ejercicio del *poder constituyente originario*. En el mismo sentido, cuando la comunidad ya tiene una Constitución, la facultad que le permite su reforma, modificación o revisión, ya sea en forma total o parcial, cuando lo crea necesario, es el ejercicio de su *poder constituyente derivado*[2].

En este sentido, podemos marcar que existe una gran falacia en nuestra Constitución escrita, ya que en su Preámbulo, al señalar uno de los axiomas de todo sistema democrático y representativo, expresa que el poder constituyente reside en el pueblo. Es preciso señalar que la sanción de la Ley Sáenz Peña de sufragio para todos los varones mayores de edad se dictó a principios del siglo XX, conquistando recién las mujeres el sufragio popular en 1947. Estaba claro que los representados eran los factores reales de

---

[1] LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado. Parte general*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987.

[2] *Ibídem.*

poder (la oligarquía), que eran, a su vez, los que habían designado a los representantes.

Desde la perspectiva del acto constituyente, el soberano es aquel que hace la constitución y establece un nuevo orden político y jurídico. Aquél es el sujeto constituyente. Por esa razón, el soberano es como quien determina la forma constitucional, la identidad jurídica y política, y la estructura gubernamental de una comunidad en su totalidad. Es preciso señalar, de acuerdo a lo ya argumentado, que el poder constituyente observa dos momentos, el fundacional y el reformador. Dichas etapas coinciden en que son capaces de constituir u organizar el sistema político estatal, difiriendo en tiempo y competencias, teniendo siempre en miras que le brindan un marco de principios y reglas para el poder constituido: el acto de gobernar.

El concepto de soberanía como acto creativo y fundador del sujeto constituyente se aleja de la noción tradicional del término. Primero, porque mientras en la formulación tradicional el énfasis se hace en el momento de coerción, que a menudo ocurre dentro de un orden establecido (represivo), en esta versión alternativa, el hincapié se hace en el momento de la creación original de un nuevo orden (productivo). En este caso, la modalidad de soberanía está expresada en sus poderes instituyentes para establecer nuevos sistemas de leyes fundamentales, instaurar nuevos órdenes políticos y dar vida a nuevas constituciones. El sujeto constituyente no es una fuerza represiva, sino una agencia productiva. En segundo lugar, el soberano ya no es un gobernante absoluto sino un legislador fundador: la misión del soberano no es ejercer el poder, sino diseñar las normas legales y las reglas de procedimiento superiores que regularán el ejercicio del poder. Finalmente, en lugar de destacar el poder discrecional de un mandato superior que emana desde arriba, la noción de soberano constituyente redirige nuestra atención hacia las fuentes subyacentes de la realidad instituida localizada abajo[3].

---

[3] BEAUD, Oliver, *La puissance de l`Ètat*, PUF, París, 1994, p. 208..

En este sentido, Carl Schmitt enseña que sólo conoce como constitución legítima a la que descansa en el poder constituyente del pueblo. El razonamiento del pensador germánico apunta al origen colectivo de las leyes constitucionales. En un régimen democrático, la legitimidad de las normas y las instituciones fundamentales depende de cuán incluyente sea la participación de los ciudadanos durante el momento extraordinario y excepcional de la creación constitucional. En este sentido, Ferreyra expresa: "… la Constitución política estatal es la decisión del pueblo, la reforma también debe serlo. Ergo, el plan constitucional debe ser decidido por su creador: el cuerpo electoral" (Ferreyra, 2012:161) y agrega que es el pueblo el sujeto que tiene el derecho a cambiarla o modificarla cuando en libre decisión política fundamental considere oportuno y necesario disponerlo[4].

Atento a lo expresado, apunta Schmitt que la política de las fundaciones democráticas ilustra los orígenes populares de las estructuras básicas de la sociedad, mediante las cuales son concebidos los principios reguladores superiores y las instituciones centrales, como el producto resuelto de una práctica colectiva basada en la formación consiente de la voluntad política. El soberano constituyente evoca el momento extraordinario de la manifestación directa de autonomía colectiva y movilización popular, durante esos raros períodos de innovación política y creación constitucional original, donde hay una creciente intervención y participación de las masas en el proceso de establecer una nueva constitución.

Esta formulación de soberanía popular en términos del poder constituyente de una comunidad política expansiva es una re-aseveración mucho más sofisticada del viejo y fundamental principio democrático de autogobierno y autodeterminación, de acuerdo con el cual el pueblo es el autor de las leyes que lo gobiernan (autonomía).

Esta teoría de legitimidad democrática está de acuerdo con una definición de democracia como el régimen en el cual

[4] Ibídem, p .160.

el pueblo es el sujeto del poder constituyente y se da a sí mismo su propia constitución. Son los principios inmanentes del término *constituir* los que prescriben que la fundación de un nuevo orden constitucional debe involucrar a quienes deberán obedecerlo. De la misma manera, el contenido normativo del soberano constituyente es de participación. Este poder constituyente exige que los que son sujetos de un orden constitucional, lo *co-instituyan*. Le otorga validez al documento constitucional, con la condición de que participen todos sus posibles destinatarios.

Si una persona o grupo se apropiara del poder para constituir un orden legal con la exclusión de aquellos a quienes estará destinado, el documento constitucional resultante será considerado como inválido y no autorizado, el resultado de un acto arbitrario de usurpación que viola la prescripción normativa del acto constituyente[5].

Aristóteles, padre de la política como ciencia, expresaba:

> La constitución es la ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política soberana, de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes, de cuál es el sector social dominante en la comunidad política y de cuál es el fin asignado a la comunidad política por ese sector social dominante. (Sampay, 1975:2)

Puesto que el sector social dominante conforma el régimen político, constitución y sector social dominante significan lo mismo. En orden a lo señalado, Lasalle expresaba en su obra *¿Qué es una constitución?* que las constituciones reflejan el estado de las relaciones de fuerzas políticas, económicas y sociales en un momento dado[6].

---

[5] SCHMITT, Carl, *Teología Política*, Ed. Trotta, Madrid, 2009, p.178.

[6] Lasalle escribe al calor de los triunfos de las revoluciones burguesas en Europa. En cambio, el sector dominante que salió triunfante en Argentina fue la oligarquía liberal terrateniente.

En orden a lo expresado, la constitución positiva, según Lorenz Von Stein, no emana de una idea abstracta del ordenamiento del Estado, sino que esencialmente se apoya sobre el ordenamiento económico-social; vale decir, ella se modela sobre la división de los bienes materiales[7].

2. Constitución real y corrientes historiográficas interpretativas del antagonismo discursivo sobre la juridicidad

Apelando a una hermenéutica de las corrientes historiográficas jurídicas, nos encontramos con dos discursos inmersos en *lo político*[8], que subyacen y son inseparables a dichas vertientes. En este sentido, entendemos la construcción de *la juridicidad*, como una acción condicionada y determinada por lo político. Atendiendo a lo predicho, consideramos que el discurso de la juridicidad es condescendiente a lo político para definir el modelo económico (por ejemplo: Ley de Reforma del Estado o Ley de Empresas del Estado), el modelo educativo-cultural (actual Ley de Educación Superior o Decreto de Eliminación del Arancelamiento Universitario), el modelo ético y hasta en ciertos casos el modelo religioso.

En este sentido, nos encontramos en nuestro análisis con la obligación de desentrañar el pasado, para encontrar las respuestas que nos posibiliten arribar a un acabado análisis sobre el actual poder constituyente.

---

[7] VON STEIN, Lorenz., Handbuch der Verwaltungslehre (trad. al italiano por B. D. con el título La scienza dells Administrazione, Torino 1897, p.3 citado en SAMPAY, Arturo en "Constitución como objeto de ciencia" en Constitución y Pueblo, 2º ed., Cuenca Ediciones, Buenos Aires, 1974, p. 26.

[8] Arendt lo considera como un espacio de poder, conflicto y antagonismo. Por su parte, la política significa el conjunto de prácticas e instituciones a través de las cuales se crea un determinado orden, organizando la coexistencia humana en el contexto de la conflictividad de lo político. MOUFFE, Chantal, En torno a lo político, FCE, México, 2004, pp. 15-16.

En primer término, aparece el discurso heredado de la llamada *historia oficial*[9]. El historiador Norberto Galasso nos enseña que dicha corriente trasunta la construcción de un relato cimentado en la óptica de las minorías económicamente poderosas ligadas a intereses foráneos, expuesto como sucesión de fechas y batallas cuya relación, más de una vez, aparece como arbitraria o sólo generada por enfrentamientos personales.

Esta corriente sienta sus bases en la impugnación a la herencia hispánica, el desprecio de lo multitudinario y el desconocimiento de lo autóctono en sus valores originarios. Sus defensores consideraban que el punto de partida de la nacionalidad era el 25 de mayo de 1810, negando nuestro pasado colonial. En este sentido, crearon el dogma patriótico consistente en obtener la independencia política[10] y organizar una nación soberana, cimentada en la libertad, igualdad y fraternidad, a través de un sistema republicano y representativo.

Rodolfo Ortega Peña y Eduardo Luis Duhalde, señalan que la *historia del derecho* se viene practicando de una manera acorde con el proyecto neo-colonial, en el cual la universidad está inmersa[11]. Agregan que el paradigma

---

[9] Galasso la tipifica expresando los siguientes ítems constitutivos: 1. es la historia que se enseña desde hace décadas en los diversos nivel de enseñanza, 2. predomina en los medios masivos de comunicación, 3.está presente, indiscutida e indiscutible, en los discursos de la iconografía oficial, 4. se yergue en las estatuas de las plazas y denominaciones de calles y localidades. GALASSO, Norberto. "Las corrientes historiográficas" en De la Historia Oficial al Revisionismo Rosista. Corrientes historiográficas en la Argentina, Buenos Aires, Cuadernos de la Otra Historia, 2004, p.. 4.

[10] Lo que se logró es la intendencia política y económica de España, para pasar a las manos, por decisión de las elites patricias, del Imperio Británico. A partir de la crisis orgánica del yugo español nuestras instituciones políticas y nuestra producción económica iba a estar dirigida y fiscalizada desde Londres.

[11] ORTEGA PEÑA Rodolfo y DUHALDE Eduardo Luis., "Historia del derecho y liberación nacional" en Liberación y Derecho, AAVV, año 1, nº 1, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias

pedagógico *oficial* optó y opta por encubrir la *verdad* ideológica con el manto de cientificidad. Decisión ésta que conduce a la configuración de una falsa neutralidad, un autonomismo y un aislacionismo de los procesos de construcción de juridicidad de los modelos históricos políticos. En este marco, toda enseñanza está basada en el dato, en el hecho aislado, sin conexiones, sin causalidades y sin relación de conceptos.

Toda esta técnica de colonización jurídica encontró soporte exclusivo en el *mitrismo*, en tanto concepción de mundo colonial concreto, y no solamente como versión historiográfica de los vencedores. Cuando se brindaba al estudiante un tema *histórico*, se lo hacía desde la perspectiva de una concepción elitista, antipopular, unitaria, presuntamente documentada y con un gran desprecio a lo nacional, solamente igualado en la admiración a las instituciones y capital europeos.

En orden a lo precedentemente señalado, dichos autores agregan que:

> Sólo a través del análisis de la temporalidad de las normas, a partir de su inserción concreta en la dialéctica social y en la relación con el imperialismo, es posible rescatar la esencia de la historiográfica del derecho argentino. (Ortega Peña y Duhalde, 1974:105).

Señalan que en este hurgamiento de la historia del derecho argentino nos encontramos con el llamado d*erecho de dependencia*, es decir, el derecho generado por y para afirmar la dependencia enajenada del argentino, con su momento específico del d*erecho represivo*, que puede ubicarse con claridad ejemplar en el siglo XIX en la etapa rivadaviana, mitro-sarmientina y en el régimen. La historia de la llamada *organización nacional* es precisamente la de la formulación

---

Sociales de la Universidad Nacional y Popular de Buenos Aires, enero-abril de 1974, p. 105.

concreta del derecho de dependencia. De modo antagónico, los sectores populares generaron un derecho de liberación enquistado en la corriente del *revisionismo histórico*, que se presenta, al igual que el derecho de dependencia, como un *continuum*, en la medida en que de la montonera al peronismo la lucha popular es igualmente continua[12].

El armado hegemónico en la etapa fundacional del país deja en claro cuáles eran los proyectos político-jurídicos en pugna. En 1811 un grupo de *revolucionarios* de Mayo elabora un proyecto de Constitución, en el que estatuyen: El Superior Gobierno, ni otro alguno, no podrá ceder puerto o parte de nuestro suelo, a potencia alguna extranjera. Eso sería dividir, comunicar y enajenar la soberanía que es de suyo incomunicable, inalienable e imprescriptible. (Sampay, 1949:18).

La realidad, falsificada por los ilustres historiadores mitristas, mostraría el apoderamiento de nuestras decisiones soberanas por la Corona Británica, que nos tomaría como un anexo semi-colonial.

Entre los muchos ensayos de programas político-jurídicos, uno de los más interesantes es el que Manuel Belgrano redactó en su camino hacia el Paraguay: *Reglamento para el Régimen Político y Administrativo y Reforma de los treinta pueblos de las Misiones*. Dicho ensayo contemplaba la igualdad entre criollos y naturales, expropiación a los enemigos de la revolución, establecimiento de escuelas primarias, libre disposición y goce de las propiedades por los naturales de las Misiones, reparto equitativo de las tierras productivas, creaciones de fondos para destino educativo, formación de milicias populares, defensa de la ecología, reconocimiento de garantías laborales para los trabajadores y multas para los patrones que violen las obligaciones para con sus empleados y hasta pena de muerte para los que apliquen castigos a sus trabajadores[13].

---

[12] Ibídem, p. 108.

[13] PIGNA, Felipe., "El hijo de la patria" en Los mitos de la historia argentina, la construcción de un pasado como justificación del presente:

En otro sentido, el debate entre los dos discursos se posiciona también en la idea económica de proteccionismo contra el librecambio, el país contra el puerto. Esta fue la pugna que ardió en el trasfondo de las guerras civiles argentinas durante el siglo pasado. Buenos Aires, que era el puerto único, y por sus narices debían pasar todos los productos que entraban y salían del país, detentaba el monopolio de la renta aduanera, los bancos y la emisión de moneda. La casi totalidad de los ingresos de Buenos Aires provenía de la aduana nacional, que el puerto usurpaba en provecho propio, y más de la mitad se destinaba a los gastos de guerra contra las provincias, que de este modo pagaban para ser aniquiladas[14].

Uno de los hombres que combatiría ferozmente al librecambismo del imperialismo británico y dejaría su legado es José Gervasio Artigas, que había concebido desde lo jurídico un sistema constitucional que unificaba en un solo mercado interno a las Provincias del Río de la Plata, dividiendo los campos a fin de aumentar la producción agropecuaria y promoviendo con franquicias aduaneras la introducción de máquinas, instrumentos de ciencia y arte, libros e imprentas. Con este accionar, el líder oriental había abierto tempranamente el camino para el desarrollo de un capitalismo nacional vigoroso y progresista[15].

A medida que se intensificaban en el país las luchas intestinas, surge la figura de Juan Manuel de Rosas. Durante su conducción, se sanciona en 1835 una Ley de Aduanas acentuadamente proteccionista, que prohibía la importación de manufacturas. Los efectos se hicieron notar sin demora.

Del descubrimiento de "América" a la "independencia", 1° ed., Buenos Aires, Grupo Editorial Norma, 2004, pp. 355-356.

[14] BURGIN, Mark "Aspectos económicos del federalismo argentino", Buenos Aires, 1960 citado en GALEANO Eduardo, "Las lanzas montoneras y el odio que sobrevivió a Juan Manuel de Rosas" en Las Venas Abiertas de América Latina, Siglo XXI, México, 1971, s/p.

[15] Reglamento General Provisional para el Régimen Aduanero, dado por el General Artigas, de 9 de Septiembre de 1815, citado en GOMEZ, Hernán, El General Artigas y los hombres de Corrientes, Corrientes, 1929, pp. 98-100.

Hasta la batalla de Caseros, que derribó a Rosas en 1852, navegaban por los ríos las goletas y los barcos construidos en los astilleros de Corrientes y Santa Fe, había en Buenos Aires fábricas prósperas y todos los viajeros coincidían en señalar la excelencia de los tejidos y zapatos elaborados en Córdoba y Tucumán, los cigarrillos y las artesanías de Salta, los vinos y aguardientes de Mendoza y San Juan. La ebanistería tucumana exportada a Chile, Bolivia y Perú. Diez años después de la aprobación de la ley, los buques de guerra de Inglaterra y Francia rompieron a cañonazos las cadenas extendidas a través del Río Paraná, para abrir la navegación de los ríos interiores argentinos que Rosas mantenía cerrados. A la invasión sucedió el bloqueo. Diez memoriales de los centros industriales de Inglaterra, suscritos por mil quinientos banqueros, comerciantes e industriales, habían urgido al gobierno inglés a tomar medidas contra las restricciones impuestas al comercio en el Plata.

El bloqueo puso de manifiesto, pese a los progresos alumbrados por la Ley de Aduanas, las limitaciones de la industria nacional, que no estaba capacitada para satisfacer la demanda interna. En realidad, desde 1841 el proteccionismo venía languideciendo, en lugar de acentuarse. Rosas expresaba como nadie los intereses de los estancieros saladeristas de la provincia de Buenos Aires, y no existía, ni nació, una burguesía industrial capaz de impulsar el desarrollo de un capitalismo nacional auténtico y pujante. La gran estancia ocupaba el centro de la vida económica del país y ninguna política industrial podía emprenderse con independencia y vigor sin abatir la omnipotencia del latifundio exportador. Rosas permaneció siempre, en el fondo, fiel a su clase pero, no obstante, dejó una huella indeleble en el pensamiento nacional y popular en su acto de defensa de la soberanía[16].

En sintonía con lo precedentemente glosado, Arturo Sampay señala que el Pacto de la Confederación de 1831, en concurrencia con la Ley de Aduana de 1835 dictada durante el gobierno de Rosas, logró un equilibrio entre los intereses

[16] GALEANO, Eduardo, Op. Cit., s/p.

de las oligarquías lugareñas y el interés mayor de los terratenientes y saladeristas de la Provincia de Buenos Aires. El caudillo de Buenos Aires consiguió así, después de años de guerras y negociaciones, que todas las provincias adhirieran, con lo cual se convirtió en la Constitución Argentina hasta 1853[17]. El constitucionalista Gonzalez Arzac manifiesta en orden a lo predicho, que del pensamiento federal de Rosas se interpreta que lo buscado era la Confederación como el sistema de gobierno apropiado en esa coyuntura, ya que ésta conllevaba garantizar la unidad y asegurar el gobierno de las provincias y su representación exterior, superando la anarquía y la disgregación. Y esa Confederación se debía instrumentar mediante un *pacto* donde los Estados contratantes acordaban normas de convivencia pacífica, unidad militar, personalidad exterior común, pero se reservaban su propia independencia para revisar las condiciones pactadas y denunciar el acuerdo si fuera necesario. Rosas consideraba necesario que el paso del Pacto de Confederación a la Constitución Federal estuviera garantizado por condiciones de estabilidad. Cuando en 1853 las provincias interiores de la Argentina se dieron una Constitución sin haber logrado aquellos requisitos, a entender del mencionado pensador, promovieron la división con la Provincia de Buenos Aires.

La Argentina hasta el día de hoy sigue padeciendo el vicio de la *institucionalidad patriótica* que sostiene la corriente *Mayo-Caseros*. La norma fundamental de 1853 vino a trasformar el poder en derecho, el motivo de su sanción fue crear una ficción jurídica y una causa que legitime el accionar de los vencedores de Caseros[18].

En sintonía con lo expresado, Mitre, al regresar del ostracismo, enuncia un programa de organización nacional acorde con la visión realista y progresista de Mayo, ya que para él lo vertebral de la organización no era la constitución

---

[17] SAMPAY, Arturo, Op. Cit., p.3 3.

[18] GONZÁLEZ ARZAC, Alberto, "Rosas y el constitucionalismo" URL http://www.pensamientonacional.com.ar/contenedor.php?idpg=/gonzalezarzac/0004_rosas.html, consultado el 21 de Junio de 2010.

escrita, sino una constitución económica, es decir, un modo de ser político en cuanto a los recursos o medios de vida. Es así como en 1853 se sancionó la Constitución que articulaba las instituciones políticas-jurídicas destinadas a promover el desarrollo capitalista liberal del país; erigió un gobierno central fuerte con la finalidad de contener y disciplinar a las masas de la población, a las que, por distintos procedimientos, se les obstaculizaba la gravitación política; garantizó las libertades económicas, especialmente la de disponer de la propiedad privada; protege, con los mismos derechos que a los nativos, a los extranjeros y a sus capitales para que se radiquen en el país; nacionaliza la renta de la aduana y suprime los impedimentos de la circulación territorial interna de mercaderías y productos, y, para facilitar esta circulación, uniforma la legislación civil, comercial, penal y de minería; abre los ríos a la libre navegación, con lo que el Litoral quedó definitivamente integrado en la nación argentina.

En esa coyuntura político-jurídica, Sarmiento expresaba con referencia a la reciente sanción de la Carta Magna:

> Una constitución no es la regla de conducta pública para todos los hombres. La constitución de las masas populares son las leyes ordinarias, los jueces las aplican, y la policía de seguridad. Son las clases educadas las que necesitan una Constitución que asegure las libertades, de acción y de pensamiento; la prensa, la tribuna, la propiedad, etc., y no es difícil que estas comprendan el juego de las instituciones que adoptan" (Sampay, 1949:55)

Regresando a Arturo Sampay, el constitucionalista señala que la Constitución de 1853-60 es una estructura política oligárquica, pues concede preeminencia a los ricos, aunque no siempre desempeñen el gobierno legal, y los pobres, explotados, tienen obstruido el acceso a la autodeterminación colectiva. Agrega que se podía considerar

democrática por cuanto permitía que participara de la vida pública la porción del pueblo apta para hacerlo a la sazón, ya que los sectores subalternos, en clave gramsciana, debido a sus inveterados hábitos de sumisión y a su absoluta incultura intelectual, se hallaban todavía subpolitificadas; y era progresista porque promovía la expansión del capitalismo que introducía, en el ámbito de un régimen primitivo de producción y de un consumo rudimentario, los medios científicos de trabajar y las necesidades nacidas de una civilización avanzada[19].

La batalla de Pavón marca un punto de consolidación, una alianza, una formación muy estrecha de clase entre los grandes comerciantes del puerto de Buenos Aires, importadores y exportadores, y los grandes hacendados de la pampa húmeda[20]. Este triunfo lo lleva a Mitre a la presidencia en 1862, y en su mandato echa las bases de lo que luego se va a denominar *modelo agro-exportador*, que es llevado adelante con las concesiones ferroviarias de empresas inglesas trazadas en abanico a las zonas portuarias del país y luego los frigoríficos, pasando por los seguros y la flota comercial. Lo que se instauró fue una verdadera plutocracia, un gobierno vertebrado por una constitución económica dependiente, con un régimen normativo que garantizaba el poder de los sectores vinculados con la producción primaria y reprimía al pueblo, para que no pudiera romper con dicho *status quo*.

Atento a lo anteriormente argumentado, Costante señala cómo juega el discurso jurídico en este esquema plutocrático instituido por el mitrismo:

> … [E]l Estado liberal funcional al modo de producción capitalista instala ficciones: somos libre e iguales y la burguesía (oligarquía terrateniente) como clase dominante que va a velar por los intereses de los asalariados, el proletariado y el campesinado; va a

[19] SAMPAY, Arturo, Op. Cit. p. 59.

[20] GALASSO, Norberto, I: "El modelo agroexportador" en De Perón a Kirchner, Ed. Punto de encuentro, Lanus, 2011, p. 11.

> representar sus intereses y el gobierno va a tener como mira el bien común, que es el menos común de los bienes, llegándose a enunciar con pretensión de seriedad intelectual que si las clases privilegiadas progresan en su bienestar, estas posibilidades se derraman hacia las menos favorecidas". Agrega que "El funcionamiento del poder político (en dicho paradigma) es abstencionista en cuanto no perturbe el mecanismo natural del mercado y éste produzca el equilibrio entre oferta y demanda. Si las manos del mercado son invisibles, el aparato represivo no lo es: visiblemente el poder político aparece reprimiendo los intentos de resistencia social. (Constante, 2012:118)

Los sectores que más rápidamente llegan a ser conscientes de sus intereses son justamente las clases dominantes[21]. Ellas tienen el poder económico, el ocio para pensar, los hijos para enviarlos a las universidades y pueden construir toda una elaboración ideológica en relación a lo que ellos piensan de ese país donde viven. Como lo que ellos piensan está dirigido a justificar sus privilegios, esa elaboración ideológica tiende a legitimarlos. Tienden a conseguir que otros sectores de la sociedad que no tienen esos beneficios igualmente los apoyen, buscan evitar que las clases medias actúen conjuntamente con los trabajadores en contra de esa minoría gobernante. De ahí que, a nuestro entender y siguiendo a Galasso, es de suma importancia para ellos tener un diario para escribir la historia y académicos de historia a su servicio.

---

[21] Se vislumbra que en la formación del Estado, no hubo una burguesía nacional que ampliara sus propios intereses de clase sumándoles los intereses de las otras capas aliadas cuyas reivindicaciones asume, nuestra burguesía es antinacional y aristocratizada, pues volcaba su capital a las formas feudales de vida, donde prima la situación estamental y en la que sus intereses económicos se vinculan con la exportación de materias primas agropecuarias (a principios del siglo XIX la explotación era ganadera principalmente) este fenómeno de fuga de status está presente desde 1810.

En 1860 se formalizó la reunificación política-jurídica de la Argentina, por las presiones de las firmas británicas establecidas en la ciudad de Buenos Aires, que aprovecharon un mercado nacional ya modelado y de perspectivas promisorias para cuando el país se pacificara. Luego, con la reforma constitucional de 1866, Mitre, apremiado por los gastos de la guerra del Paraguay, impuso definitivamente la nacionalización sobre las exportaciones, a pesar de la oposición de los grandes sectores ganaderos de Buenos Aires y de Urquiza. Aquí se puede observar que en la escala de valores de los intereses británicos primó el sostenimiento de la guerra fraticida contra el pujante y avanzado Paraguay de Solano López. En esa coyuntura, Mitre, a la cabeza de la clase política liberal, extinguió a sangre y fuego a los últimos caudillos del interior resistentes a las transformaciones que trajeron la penetración y expansión del capitalismo europeo[22].

En orden a lo dicho, Carlos Cárcova expresa que:

> Las Constituciones de Iberoamérica se habían vaciado en los moldes europeo/norteamericano, pero la realidad imperante, sociológicamente considerada, remitía a una especie de neofeudalismo, caracterizado por un uso autocrático y despótico del poder del Estado, por el fraude electoral, por el clientelismo (...) La actualización de tales estructuras políticas, para hacerlas más congruentes con los ordenamientos constitucionales implicaba, en lo jurídico, llevar adelante estrategias de integración social que permitieran a las grandes masas excluidas, gozar de los beneficios de la jurisdicción, lo que significaba gozar de las garantías mínimas que el sistema les prometía, sin concedérselas". (Carcova, 2004:2)

Contemporáneamente a la configuración del Estado oligárquico-liberal, se sancionó el *Código Civil* que surgió con el auge del mitrismo, la influencia del Brasil (*Esboço* de

---

[22] ORTEGA PEÑA, Rodolfo y DUHALDE, Eduardo Luis, *Felipe Varela contra el Imperio Británico*, Buenos Aires, 1966, s/p.

Freitas) y la necesidad de institucionalizar la propiedad privada tras la derrota de la montonera. Pero su esencia se historializó con la aplicación que la misma clase social opresora realizó de ese conjunto de normas.

Con la maduración del sistema constitucional real y escrito de la oligarquía liberal, durante la década de 1880 el capitalismo occidental competidor se trasmutó en un capitalismo organizado con carácter imperialista. En consecuencia, las empresas capitalistas, en lugar de concurrir a los países atrasados para competir entre sí, ahora se unifican en grandes consorcios, que se apoderan de esos países para explotarlos con exclusividad, imponiéndoles, con sus inversiones en las industrias y sus empréstitos dirigidos, una producción suplementaria y subordinada a la del área metropolitana. La Argentina, entonces, ya no pudo servirse de un capitalismo competidor para plasmar un desarrollo autónomo, explotando sus recursos para establecer la infraestructura de una producción moderna. Bajo este panorama, el país quedaría situado en la división internacional del trabajo como un productor de *commodities*. Para consolidar su lugar en este esquema político-económico mundial, el por aquel entonces Presidente, Julio Argentino Roca, llevó adelante su reforma agraria bajo la denominación de *Conquista del Desierto*, en la que usurpó a los pueblos originarios del sur del país más de 20 mil leguas cuadradas de tierra fértil para el cultivo y la ganadería.

A finales del siglo XIX y principios del XX, irrumpe en la escena política nacional la figura de Hipólito Yrigoyen y de su movimiento político popular, que haría bandera, la lucha por la conquista de la universalización del derecho de los ciudadanos a elegir gobernantes. Yrigoyen proclama la necesidad de que los sectores populares no pacten con los políticos del sistema liberal-oligárquico que excluía al pueblo de la decisión política, y que en cambio recurra a la violencia para conquistar el derecho al sufragio.

El partido radical revolucionario depuso la acción violenta y pactó con Sáenz Peña el compromiso de dictar una legislación que confiriese garantías al derecho de sufragar a

todos los ciudadanos varones, mayores de edad y con plenas capacidades.

Las leyes electorales de referencia transforman la Constitución oligárquica de 1853-60 en otra virtualmente democrática. Es decir, el sector mayoritario sometido podía conquistar por vía legal el poder político. Y llegado este caso, el carácter *elástico* del texto constitucional, según Sampay, permitiría y legitimaría la intervención del Estado en la economía con vistas a satisfacer los intereses populares[23].

La anotada antinomia interna de la Constitución de 1853-60 hizo crisis en la segunda presidencia de Yrigoyen, cuando Inglaterra, forzada por la bancarrota de 1929, exigió una parte mayor del producto del trabajo argentino y esto no podía consumarse sin excluir de la política a los sectores populares.

La circunstancia de que Yrigoyen había sido elegido por un movimiento popular acusadamente antiimperialista, que propiciaba la extracción, industrialización y comercialización del petróleo por parte del Estado, agravaba aún más el hecho. Se sumaba a esta situación el hecho de que la oligarquía había recobrado privilegios y preeminencia de todas las clases durante la presidencia de Alvear, porque este gobernante, rodeado por la guardia de los políticos conservadores, abandonó los designios del radicalismo que había impuesto Yrigoyen. La crisis de la Constitución de 1853-60 residía en que el sector social dominante, para retener el gobierno real del país y contener el avance de los sectores populares, necesitaba suprimir los derechos democráticos que en el siglo XIX permitieron conquistar y consolidar la supremacía frente al absolutismo político y a una organización monopolista de la economía, que había retardado el progreso que implicaba la primera revolución industrial. Derrocado el gobierno de Yrigoyen, y por ende, excluidos los sectores populares, los intereses británicos se revitalizaron. En efecto, el imperialismo inglés se adueñó de los principales recursos de la riqueza nacional.

---

[23] SAMPAY, Arturo, Op. Cit., pp.64-66.

En el transcurso que va desde la irrupción autocrática al gobierno de Yrigoyen hasta 1943, se sucedieron hechos de fraude electoral, el radicalismo pasó a depender de los sectores conservadores y los gobiernos pro-imperialistas instalaron una legislación de vasallaje, que Arturo Jauretche bautizaría como *estatuto legal del coloniaje.*

El ciclo oligárquico reabierto con el derrocamiento de Yrigoyen se cierra con el alzamiento militar del 4 de junio de 1943, cuyo programa era instalar las industrias pesadas como medio para obtener la independencia económica, rematándose el cierre del ciclo oligárquico con la insurgencia popular del 17 de octubre de 1945, dirigida a defender el progreso de justicia social que se había alcanzado en esa época gracias a la política realizada desde la Secretaría de Trabajo y Previsión. Este avance de los sectores populares allanó el camino para que en 1949 se imponga una reforma constitucional[24].

La causa de la reforma de la Constitución escrita en 1949 es el surgimiento de un *nuevo poder constituyente,* dado por una nueva constitución real que se selló el 17 de octubre de 1945, una forma de nación, es decir, un pueblo unido políticamente con capacidad de obrar y con consciencia de su singularidad política. Antes de este surgimiento, el poder constituyente era una minoría organizada, que nunca invocó la voluntad de la mayoría y la relegó de las decisiones políticas fundamentales. Este poder constituyente cimentaría la reforma en tres pilares vertebrales: la independencia económica, la soberanía política y la justicia social[25].

---

[24] Hegel expresa que puede acontecer que un cambio social profundo y repentino exija procedimientos extraordinarios para adecuar las instituciones al espíritu del tiempo. HEGEL, Zusatz 298, Grundlinien der Philosophie des Rechts, edic. G. Lasson (trad. Messineo, p. 394) citado en SAMPAY, Arturo., "Constitución como objeto de ciencia" en Constitución y Pueblo, 2º ed., Cuenca Ediciones, Buenos Aires, 1974, p.26.

[25] Por justicia social, debe entenderse, expresa Sampay: la justicia que ordena las relaciones reciprocas de los grupos sociales, los estamentos profesionales y las clases, con las obligaciones individuales, moviendo a cada uno a dar a los otros la participación en el bienestar general a que

En este contexto, las relaciones de poder cambiaron, configurándose nuevos modos de construcción de lo político que llevaron a una transformación consecuente también en lo jurídico, en lo económico, en lo social y en lo cultural. Este nuevo paradigma de Estado de Bienestar o providencia llamado *populismo* no se asemeja a las experiencias socialdemócratas europeas o los corporativismos autoritarios, como el fascismo italiano. Es preciso señalar que se trata de un fenómeno netamente iberoamericano y principalmente sudamericano.

En el caso argentino, es patente vislumbrar cómo el régimen populista de 1946-1955 sucedió a los movimientos de clase media, como el yrigoyenismo. Estos movimientos en su momento fueron las primeras y más fuertes reacciones en contra del Estado oligárquico, y que, en oportunidades, se combinaron con movimientos obreros[26].

Con un panorama más definido, llegamos a expresar que la historia de la Constitución es la historia de la correlación de fuerzas políticas de los sectores dominantes (el otro) y de los sectores que constituyen el pueblo (nosotros). Siguiendo este razonar, como la Constitución y el Derecho están subordinados por el reparto de los bienes y por el orden de la sociedad que se basa en él, la antigua Constitución y el antiguo Derecho no pueden subsistir cuando el trabajo ha engendrado la propiedad de los bienes de producción dentro de la clase dependiente. Se arribó, pues, al momento en que una transformación del Derecho se había convertido en una necesidad interna y pronto en una necesidad exterior e ineludible.

Debemos agregar que toda revolución en que la clase dependiente se levanta con exigencias de igualdad contra la clase dominante sin haber adquirido antes aquellos bienes, constituye una contradicción con la naturaleza del progreso del
Derecho, y tendrá que fracasar por extemporánea, y la

---

tienen derecho en la medida en que contribuyeron a su realización. SAMPAY, Arturo, Op. Cit., p.47.

[26] STANLEY, Myriam, *El populismo en América Latina*, p.350.

consecuencia de toda revolución falsa es un mayor sometimiento de la clase dependiente.

Lasalle, en sintonía a lo precedentemente glosado, expresa que cuando en un país estalla y triunfa una revolución, cuando cambia la relación de fuerzas en la realidad, se engendra la necesidad de instaurar una nueva constitución escrita. Por consiguiente, una constitución escrita es buena y durable cuando se corresponde con la constitución real. Agrega que allí donde la constitución escrita no se adecua a la constitución real, estalla inevitablemente un conflicto insoluble en el que, más bien temprano que tarde, la constitución escrita, la hoja de papel, sucumbe ante el empuje de la constitución real[27].

La Constitución de 1949 se proponía hacer efectivo el gobierno de los sectores populares, estatizando el manejo de los recursos financieros, de los recursos naturales y de los principales bienes de producción, con la finalidad de ordenar planificadamente la economía para conseguir un desarrollo autónomo y armónico, que concediera bienestar moderno a todos y a cada uno de los miembros de la comunidad.

Señala Sampay, que el Estado en la reforma constitucional de 1949 abandona la neutralidad liberal que, según él, es intervención a favor del poderoso, y participa, dentro de la órbita de las funciones que le son propias, en las cuestiones sociales, económicas, culturales, como poder supletorio e integrador, para afirmar un orden positivo, restituyendo o asegurando al hombre la libertad necesaria a su perfeccionamiento[28].

Esta noción de intervencionismo estatal va coligada con la resignificación de dos conceptos que sustenta la Constitución de 1853-60: 1) el reconocimiento de la propiedad privada y 2) la libre actividad individual,

---

[27] LASALLE, Ferdinand, Ueber Verfasssungwesen, en LASSALLE`S, Reden und Schriften, vol. I, p.491 citado en SAMPAY, Arturo, Op. CIi., p.38,

[28] SAMPAY, Arturo, "Orientación de la reforma constitucional" en Op. Cit., p..36-37.

entendidos como derechos naturales del hombre. A partir de la reforma constitucional estas nociones vertebrales del ideal oligárquico-liberal quedarían sujetas a la exigencia legal de que cumplan su función social y los principios de justicia social. La propiedad privada, no obstante conservar su carácter individual, asume una doble función: personal y social: personal en cuanto tiene como fundamento la exigencia de que se garantice la libertad y afirmación de la persona; social, en cuanto esa afirmación no es posible fuera de la sociedad, sin el concurso de la comunidad que la sobrelleva, y en cuanto es previa la destinación de los bienes exteriores en provecho de todos los hombres.

La Constitución de 1853-60 no reconoce al obrero sus derechos porque la prestación de trabajo se incluía en la libertad de comercio, es decir, el trabajo era una mercancía entregada al libre juego de los intereses encontrados. Los juristas saben bien que se consideraba el contrato de trabajo como una compra-venta. Con la reforma constitucional de 1949 se suplanta el régimen capitalista-liberal del trabajo, basado en el concepto absoluto de la propiedad privada y en el contrato de locación de servicios, concertado por las partes sin injerencia del Estado, por una relación institucional del trabajo, constituida por las leyes obreras que en virtud de sus disposiciones forzosas, de orden público por el interés social que las informa, son inderogables por la voluntad privada y por los contratos colectivos de trabajo. Se le reconoce tanto para el obrero como para su familia, en orden a lo predicho, un decálogo de derechos y garantías tuitivas e imprescriptibles.

La Constitución contemplaba la nacionalización de las instituciones bancarias oficiales, incluyendo el Banco Central, ya que se veía imprescindible la estatización de este organismo para orientar la economía argentina hacía la ocupación plena, desterrando su concepción de edificio imperialista en manos de los intereses coloniales británicos. En este contexto, se expide una orden constitucional para reglar el comercio exterior y estatizarlo a fin de hacer valer la producción argentina en los mercados internacionales.

La reforma también convierte en bienes de la nación todos los minerales, caídas de aguas, yacimientos de petróleo, de carbón y gas, y cualquier fuente natural de energía, con excepción de las vegetales: los hace públicos que no pueden desafectar, enajenar ni conceder a particulares para su explotación, es decir, transfiere esos bienes a la categoría de propiedad pública nacional y establece el monopolio del estado para su explotación, introduciendo una cambio con respecto a los prestablecidos en el Código Civil y en el Código de Minería.

Siguiendo con todas las modificaciones, en materia de derecho económico público, instaura la prestación directa por parte del Estado de los servicios públicos esenciales; prohíbe la enajenación de su propiedad o el otorgamiento de concesiones para su explotación y manda la conversión progresiva, por compra o expropiación. La estatización de los servicios públicos, al suplantar el espíritu y la organización capitalista de su gestión, permite fijar el precio y la distribución del servicio no en procura del lucro privado, sino sólo por criterios de utilidad social.

En materia educativa y cultural, sustenta la idea de universidad ordenada en consecución de bienes útiles vinculados estrechamente a las necesidades del pueblo argentino y al engrandecimiento espiritual y material del país.

Esta constitución escrita, legitimante del proceso iniciado en 1943, finaliza en 1955 cuando triunfa la contrarrevolución oligárquica por medio de la fuerza, imponiendo por medio de su decisión la derogación de la Constitución de 1949 y la declaración de la vigencia de la Constitución de 1853-60.

En 1957 la Convención Nacional Constituyente tuvo por única misión convalidar el decreto derogatorio de la reforma constitucional de 1949 en plena proscripción del movimiento político de los mayoritarios sectores populares.

3. La construcción del actor constituyente en la Argentina contemporánea

La construcción de la juridicidad entre 1976 a 2003 estuvo direccionada a legitimar el modelo neoliberal. Desde el plano normativo se pueden citar la Ley de Entidades Financieras, la Reforma al Régimen de Trabajo Rural, la Ley de Radiodifusión y la Ley de Obediencia Debida y la de Punto Final, entre otras tantas. Durante los años '90 del siglo XX, el proyecto heredado del gobierno autocrático se profundizó con las Leyes de Emergencia y de Reforma del Estado, que le brindaron discrecionalidad absoluta al Poder Ejecutivo para convertir al Estado en una sucursal del poder económico-financiero transnacional, esto acompañado de la Ley de Convertibilidad, la Ley de Administración Financiera (Ley 24.156), los Pactos Fiscales y las Leyes de Flexibilización Laboral, entre otras.

En 1994 por el pacto entre Menem-Alfonsín se llega a un consenso para reformar la constitución escrita, atento al cambio suscitado en la Constitución real (profundización del modelo de Estado dependiente). Si bien la modificación contempla nuevos derechos y garantías (derechos humanos de tercera generación, cláusula democrática del art. 36, instrumentos de democracia semidirecta, etc) y jerarquiza instrumentos institucionales, tiene sus puntos negativos. Calcagno, señala que la disposición que expresa que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes" (art. 75 inc. 22), permite la preservación y reproducción de las relaciones sociales establecidas por el neoliberalismo[29].

Atento a lo últimamente apuntado, cabe subrayar que la supremacía de los tratados internacionales por sobre la ley nacional es inaceptable en general, y más aún en los países débiles, sujetos a la presión globalizadora-neoliberal implementada por el *establishment.*

Bajo esta jerarquía se cuelan los tratados económicos y financieros, que establecen lo que Jauretche llamaría un nuevo estatuto del coloniaje. Resulta que, si firmamos un

---

[29] CALCAGNO, Eric, "Estatuto constitucional del coloniaje". Extraído el 9 de mayo de 2011 de http://www.rodolfowalsh.org/spip.php?article174.

tratado por el que se establecen la jurisdicción y las leyes extranjeras para que rijan contratos de servicios públicos o de deuda externa, se prescinde de la voluntad nacional frente al tratado. La Constitución nada dice de los tratados que nos obligan a ir a jueces extranjeros, o a someternos al arbitraje del Banco Mundial, o a aplicar las leyes del Estado de Nueva York.

Un país no puede renunciar a su soberanía, aunque haya firmado un tratado internacional en el que conste esa renuncia. En el plano internacional, la soberanía es inherente a los Estados y no puede renunciarse cuando se trata de un litigio de derecho público. No obstante, de acuerdo con la reforma constitucional de 1994, si el Congreso Nacional sancionara una ley que reafirmara ese derecho natural y estableciera con carácter obligatorio la jurisdicción nacional, tal ley sería inválida frente a la categoría constitucional de los tratados internacionales.

Parece absurdo, pero es así: ante una decisión nacional que no les guste, cualquier empresa privada extranjera puede llevar al Estado Argentino a un arbitraje ante el organismo de mediación del Banco Mundial (el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI).

A partir de 2003, se tomo la decisión de desafiar las relaciones de poder (corporaciones económicas-financieras, la partidocracia, empresas hegemónicas de comunicación) no en la forma de una negación abstracta, sino de un modo debidamente hegemónico, mediante un proceso de desarticulación de las prácticas existentes y de creación de nuevos discursos e instituciones.

El desafío al entramado de poder del neoliberalismo, tiene prácticas articulatorias a través de las cuales se establece un determinado orden que va fijando el sentido de las instituciones sociales. Estas *prácticas hegemónicas*, como señala Mouffe, a su vez son contrarrestadas por prácticas contra-hegemónicas, es decir, procedimientos que van a intentar desarticular la construcción del orden existente para

instaurar otra forma de hegemonía[30], por ejemplo las medidas cautelares que impidieron el avance de la aplicación plena de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Es así, ya que lo único que mantiene tranquilos a los grupos concentrados de poder económico, es que las normas igualitarias no existan o que, de existir, no sean cumplidas ni les sean aplicadas.

El nuevo proceso político, iniciado en 2003, no sólo como detentador del poder institucional, sino como movimiento político, comprendió que la sociedad contemporánea tiene que reconocerse como *pueblo* y no como una pluralidad heterogénea de comunidades mínimas dispersas. Era preciso crear un lazo de equivalencias entre todas las necesidades con el fin de refundar la identidad del *pueblo*. Esta recreación precisa del antagonismo, no ya con la oligarquía del peronismo histórico, sino en contra del discurso de las corporaciones, el *otro*, que en este escenario empezó a tomar corporeidad a partir de instalar una nueva forma de construcción populista. Una vez determinadas las fronteras, estas necesidades representadas en comunidades mínimas, que están *abajo* tienen su correspondiente asidero en el entramado institucional político-jurídico, el *arriba*, con medidas de reconocimientos expresos de derechos y libertades, como de instituciones donde se canalicen las necesidades.

4. Conclusiones

Atento al cambio que se está presentando en la Constitución real, creemos que debe de producirse en la Constitución escrita. En ella, pues, el *pueblo* instrumentará un gobierno democrático con las atribuciones necesarias para planificar la utilización de todos los recursos del país, con la finalidad de promover el desarrollo independiente de la economía nacional, sin lo cual no hay posibilidad de efectuar justicia social.

---

[30] MOUFFE, Chantal, Op. cit., p.18.

Un nuevo momento constituyente es necesario y posible, porque la democracia ciudadana no debe estar hecha para la Constitución, sino que ésta debe estar hecha para proteger y encauzar la democracia.

En miras a una posible reforma de la Constitución escrita, es preciso determinar el grado de madurez que tiene el proceso contemporáneo para efectivizarla. Interpretamos, en orden a lo señalado, que si bien es ineludible adecuar las instituciones al espíritu del tiempo que se está viviendo, es por ello que la reforma del programa político-jurídico debe estar reflejada en la construcción hegemónica del pueblo como articulación equivalencial y como actor político, para constituir así un nuevo poder constituyente que dé cuenta de la pluralidad de necesidades.

En sintonía con la modificación de la Constitución escrita, el plexo normológico inferior, debe ser el razonable reflejo objetivado, en particular, de la profundización del modelo nacional, popular e iberoamericanista en donde el pueblo será actor fundamental. De este modo, la concepción ficcional y críptica del Derecho escrito, acompañada de la monopolización en la élite de los operadores del Derecho, dejará de ser un privilegio. Con este cambio abrupto de paradigma, el mundo jurídico comenzara a dejar de incumplir en la práctica lo que en teoría promete.

Es necesario que el pueblo sea parte del proceso de formación constitucional. Tomando este posicionamiento se empiezan a generar las contradicciones en el plano de la llamada *batalla cultural* o de la *batalla de ideas.* En definitiva, nos estamos refiriendo a la cuestión de la hegemonía ideológico-cultural en una sociedad, a la lucha por la construcción de sentidos y a su relación con la política. Desde el relato del *establishment* se cuestiona estas expresiones en pos de un supuesto consenso, que es propiamente la imposición de la agenda neoliberal naturalizada. Todo lo que se sale de esa agenda es un conflicto irredimible. Y aquí ya comenzamos a entrar en el escenario de la batalla cultural: la existencia de diferentes visiones del mundo, muchas de ellas contrastantes o antagónicas entre sí. En ese sentido, el debate, la polémica y

el *conflicto* no son aberraciones del *natural* consenso, sino expresión de las contradicciones reales que albergan las sociedades y de los distintos proyectos político-societarios en competencia.

Lo que aparece como *consensuado* por la sociedad está estrechamente relacionado a proyectos político-societarios de vocación hegemónica, es decir proyectos que buscan establecer el marco de interpretación del movimiento de lo social.

¿Cómo se traduce lo predicho en términos de poder constituyente y Constitución? En la Argentina existieron con claridad dos orientaciones constitucionales: la de 1853/60 y la de 1949, respondiendo con coherencia a distintos modelos de país.

La Constitución de 1853/60 se adscribía al pensamiento del liberalismo. Se asentaba, como se dijo, sobre un concepto absoluto de la propiedad y sobre la creencia de que la acción privada, movida por el solo interés personal, sería capaz de generar automáticamente un orden justo.

Pero la historia no fue así. Trascurrió un siglo y medio, y en 2002 los excluidos eran 20 millones de habitantes; el 46% eran pobres (19% indigente), el 22% de la población económicamente activa estaba desocupada, el 40% de la población sin seguridad social.

La disyuntiva básica era exclusión del reparto de los bienes (materiales y culturales) o la inclusión con justicia social. Uno de los peores resultados del neoliberalismo fue la exclusión. En sentido opuesto, la Constitución de 1949 establecía un orden económico sustentado por la justicia social y el afianzamiento de la conciencia nacional como ánima de defensa de nuestra soberanía política.

En la actualidad se ha reabierto el debate sobre la reforma constitucional. Creemos que el eje de la cuestión está en el planteo de que la Constitución es el orden creado para asegurar el fin perseguido por una comunidad política, y la que instituye y demarca la órbita de las diversas magistraturas gubernativas, o sea, las instituciones.

Ahora el arquetipo de país democrático, libre, justo y soberano, que promueva ante todo la inclusión social, es el fin expresado por la mayoría de la comunidad política; pero la Constitución vigente persigue fines diferentes. En esta disyuntiva, la única pauta de conducta válida en una democracia es respetar a la comunidad política y pensar una reforma constitucional.

No se trata de practicar una estética constitucionalista, que redacte constituciones bien escritas, con profusión de antecedentes extranjeros y múltiples invocaciones al consenso; lo que importa es reconocer que la comunidad política insiste en su propósito de construir una Nación con instituciones que rindan cuenta de los problemas, responda a sus necesidades y realice sus anhelos. No obstante, la Constitución Nacional se exhibe necesitada de cambios que sean superadoras de las contradicciones internas en el contenido interno, habida cuenta de la articulación de distintos modelos aún dentro del mismo sistema socio-económico.

Por cierto, podrá argumentarse que muchos actos de la transformación realizada desde 2003 son posibles forzando un poco la vieja Constitución. Pero no se trata sólo de impedir obstáculos, sino de incluir en la nueva Constitución los fines perseguidos por la comunidad. Ahora está claro que los caminos se bifurcan.

Por un lado, el *establishment* pretende continuar con la ideología y el modo de acción neoliberales, con los parches necesarios y las trabas de los recursos de inconstitucionalidad y las medidas cautelares, a la espera de tiempos mejores para ellos. Mientras tanto, eluden los problemas de fondo y se concentran en las formas. Quieren ignorar que en su esencia es un problema político, no de técnica jurídica ni de eficiencia de gobierno. Por eso es necesario que el abordaje de los cambios constitucionales no pueda dejar de lado las actuales condiciones del mundo globalizado que remiten necesariamente a revisar la teoría de la dependencia –como manifestación de la relación asimétrica-.

Por el otro lado, la comunidad política mayoritaria aspira a construir una nación democrática, cuyas instituciones respondan a los desafíos que enfrentamos, integrando a todos los actores económicos, sociales y culturales en su diferencia y diversidad. Siempre existirán divergencias, que postulamos basadas por distintas visiones del bien común; por ello la dimensión política de la reforma es esencial, ya que precisamos una institucionalidad que resuelva los conflictos y sea capaz de convocar a amplios acuerdos acerca de cómo los argentinos puedan vivir la Argentina a pleno.

APRENDER DESDE LO CONSTRUIDO, CONSTRUIR DESDE LA EXPERIENCIA Y REFLEXIÓN

Maité Boschetto,

Javier Oscar Marchantené

Agustina Leonor Felizia •

1. Introducción

A 30 años de la recuperación democrática y a 20 de la reforma constitucional, es de vital importancia una revisión sobre lo construido, lo transitado y lo que aún falta por realizar.

En el presente artículo se abordará la problemática actual sobre los delitos de tráfico de drogas, trata de personas, depredación del medioambiente y los delitos del capitalismo global; las herramientas jurídico/sociales existentes y la conveniencia de la incorporación de otras para combatirlos. Todo ello, junto al análisis de los roles de los diferentes actores en el proceso de globalización en el cual nos encontramos, con la consiguiente importancia de una acción conjunta y coordinada, tanto a nivel nacional como internacional.

Los delitos antes mencionados han adoptado una dimensión transnacional, extendiéndose más allá de las fronteras de los Estados, ello en virtud de los avances tecnológicos y de la forma organizada que adoptan quienes

• Abogados graduados en la Universidad Nacional de Córdoba.

integran las agrupaciones criminales, estableciendo líneas especiales de operación.

La delincuencia organizada puede definirse como aquellos grupos de personas asociadas con fines ilícitos. Estas organizaciones implican una estructura directiva, con rasgos permanentes de autoridad; permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus miembros; líneas de acción; acervo tecnológico; financiamiento; relaciones con otras corporaciones criminales; programas de expansión; jefaturas de proyectos; desarrollo y capacitación de personal; actividades de reclutamiento; control interno y, en general, todo lo que podría tener cualquier corporación lícita.

La fuerza de esta forma de accionar delictual radica, por un lado, en el establecimiento de alianzas en diferentes niveles (político, militar, económico) y, por el otro, en el enriquecimiento patrimonial.

Cuando la delincuencia organizada construye conexiones con organizaciones similares formando redes en todo el mundo, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) la identifica como delincuencia organizada transnacional.

Así las cosas, este tipo de delitos se caracteriza por la alta complejidad del accionar de los individuos que los componen, poniendo en riesgo no solo la seguridad local, sino también la internacional y las instituciones democráticas del país.

En este orden de ideas, la finalidad del presente trabajo es instalar en el lector la reflexión sobre el problema al cual nos enfrentamos, haciendo hincapié en la importancia que reviste el control y la participación social en la actualización y creación de un sistema eficaz para combatir aquellos delitos, dado la peligrosidad que actualmente presentan y que su crecimiento puede traer aparejado con el devenir de los años. Como así también, la de ofrecer un punto de partida para la labor que al respecto es necesaria.

Todo ello con el convencimiento de que un haz de luz en la oscuridad, por mínimo que fuere, puede marcar un sendero para la construcción y el desarrollo, en miras a un futuro mejor en el escenario nacional e internacional.

2. La inserción de Argentina en el mundo

En las últimas tres décadas se han producido cambios a gran escala, no sólo a nivel interno, sino también en el contexto mundial. Nos encontramos frente a un proceso de envergadura global que es principalmente fruto del avance tecnológico, cuyo crecimiento parecería no tener fronteras ni límites.

Estos cambios produjeron consecuencias de diferente índole, siendo una de ellas la aparición de la delincuencia organizada transnacional.

En virtud de ello, la comunidad nacional e internacional se inserta dentro de una situación de crisis que afecta diversas estructuras y esferas vinculadas a la acción humana.

En este contexto, cobra especial importancia la inserción de Argentina en el mundo. En la actualidad, es impensable un desarrollo y la solución de los nuevos conflictos que se presentan a raíz de los cambios a gran escala, centrando la atención solamente en el interior del país. Así, es necesaria una activa participación de Argentina en la agenda mundial.

En este sentido, recuérdese las palabras de Juan D. Perón al expresar que la política puramente nacional es ya una cosa casi de provincias. Hoy todo es política internacional que se juega adentro y afuera de los países.

Es en este escenario, donde el protagonismo debe basarse en alianzas y solidaridad, el poder se construye forjando lazos con las diferentes naciones.

Argentina, y el resto de los países, se hallan en este proceso asociativo a nivel político, económico y jurídico, ya que el crecimiento no es posible desde una posición aislada.

En esta línea, en los últimos años nuestro país ha demostrado cierta tendencia integracionista, principalmente mediante el desarrollo de políticas e instrumentos legales-jurídicos en forma conjunta con diferentes Estados, con la finalidad, entre otras, de lograr la defensa frente a los delitos

transnacionales, donde todos los órdenes se ven seriamente afectados.

Aquí el importante rol del Derecho, como regulador de la convivencia no solo nacional, sino también internacional.

En este marco de cooperación internacional, las acciones de los Estados se concretan en la creación y ratificación de convenios internacionales destinados a la reciprocidad y a una adecuada prevención, sanción y reparación de los efectos producidos por aquella clase de delitos. Al respecto, Christian G. Sommer da cuenta de la importancia y necesidad del desarrollo de estos instrumentos internacionales al sostener: "...en las últimas décadas, la comunidad internacional ha comenzado a comprender el efecto que generan otros actos de graves violaciones a los derechos fundamentales y que requieren abordajes más amplios que los simples sistemas penales locales"[1].

Como consecuencia de estas convenciones internacionales, los Estados parte asumen importantes obligaciones destinadas a lograr un adecuado respeto por los derechos humanos fundamentales. En el caso de Argentina, estas obligaciones encuentran cabida legal y expresa en nuestra Constitución Nacional a través de la modificación introducida por la reforma practicada en el año 1994, que incorporó al bloque de constitucionalidad los tratados internacionales de derechos humanos.

Cabe destacar que estos instrumentos internacionales producen modificaciones en los regímenes constitucionales, legales y administrativos internos de cada Estado, lo que produce que las acciones que los mismos lleven adelante no sean sólo consecuencia de obligaciones de tipo internacional sino también de orden nacional.

Es decir, estas obligaciones asumidas por convenios internacionales traen aparejado no sólo el deber por parte de los Estados de adoptar medidas y disposiciones legales necesarias en el ámbito interno para hacer efectivos los

---

[1] SOMMER, Christian G., *La responsabilidad internacional del estado en la lucha contra la trata de personas*. Advocatus, Córdoba, 2010, p. 47.

derechos consagrados en las referidas convenciones, sino que también generan responsabilidad del Estado en caso de incumplimiento de lo dispuesto por el instrumento internacional vigente. En relación a esta cuestión, Sommer afirma que:

> Como toda actividad que el estado lleva adelante con otros sujetos de la comunidad internacional, principalmente otros estados (o en su ámbito interno), persiste sobre éste la responsabilidad de actuar acorde a las obligaciones internacionales a las cuales se ha comprometido a través de los tratados. Particularmente frente a tratados de derechos humanos… (Sommer, 2011:49)

Sin embargo, no sólo el incumplimiento de las obligaciones y el menoscabo de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales hará pasible al Estado de responsabilidad, sino que además se le imputará a aquél y acarreará su responsabilidad, toda omisión del poder público a las normas y medidas dictadas en el ámbito interno como consecuencia de la adaptación a esta normativa internacional a la que nos referimos. Entre estos actos que generan responsabilidad estatal podemos mencionar la omisión de prevenir razonablemente el delito, de combatirlo o de brindar protección y asistencia debida a las víctimas, entre otros. Puede que, además, existan funcionarios públicos involucrados que utilicen el aparato estatal para la comisión de delitos, ya sea en forma activa o pasiva, lo que compromete también la responsabilidad del Estado.

Bajo este espectro se encuentra la difícil tarea de combinar la preservación de la identidad, la cultura nacional y la defensa patriótica con la cultura de la asociación internacional.

3. Seguridad local/global, el control social en la Constitución y su estrecho vínculo con la democracia

Es este un asunto central y de actualidad en el debate político, civil, profesional y académico, con un significado sustantivo para el correcto desarrollo humano sostenible y social, en particular.

Se observa de forma prístina la influencia que tiene en el tema el rol de la ciudadanía y de los gobernantes, cuyo proceder debe necesariamente dar las pautas de viabilidad y de análisis, tanto de la seguridad como del control social.

> La construcción de la ciudadanía y el rol de los gobiernos locales es un desafío colectivo. Los políticos elegidos democráticamente tienen la responsabilidad de la decisión de los proyectos públicos, pero las organizaciones sociales, los grupos locales, las familias, los ciudadanos, en definitiva, tiene el derecho y el deber de exigir que se tomen en cuenta, se debatan y se negocien sus críticas, sus demandas y sus propuestas. En este sentido, los profesionales implicados tienen la obligación de elaborar análisis y propuestas formalizadas y viables, de escuchar a los otros, pero también de comprometerse en defender las propuestas y los proyectos ciudadanos locales. (Pastor Seller, 2004:104).

Así, es dable estimar que este punto referente a la seguridad local/global y el control social en la Constitución, como elemento fundamental en la construcción de la ciudadanía y como derecho/deber de los ciudadanos, corresponde ser analizado desde un paradigma que exceda al del mero espectador. Sobre la base de que la acción que debe seguir a la reflexión, debe ser una acción responsable y coherente en todos sus términos.

En la Cumbre Mundial de Copenhague de 1995, se declaró en el Anexo I, punto 5, lo siguiente:

> Compartimos el convencimiento de que el desarrollo social y la justicia social son indispensables para la consecución y el mantenimiento de la paz y la seguridad en nuestras naciones y entre ellas. A su vez, el desarrollo social y la justicia social no pueden alcanzarse si no hay paz y seguridad o si no se respetan todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esta interdependencia básica fue reconocida hace 50 años en la Carta de las Naciones Unidas y desde entonces se ha ido afianzando más y más.

En esta línea, cabe recalcar que:

> Un servicio de justicia eficiente se vincula con la consolidación del sistema democrático de diversas maneras: en primer lugar, cuando se asienta en los principios cardinales de inmediación, celeridad, transparencia y seguridad, se convierte en uno de los instrumentos fundamentales para asegurar la paz social. Conservar y profundizar la paz social es uno de los requisitos fundamentales del proceso de consolidación democrática. (Binder, 2004:230).

De acuerdo a lo expuesto, es menester rever la inclusión del punto de la seguridad interna/internacional y del control social entre las políticas estatales que se vienen llevando a cabo en nuestro país.

Es claro que este análisis se enfrenta a condicionamientos de numerosa índole, en virtud de encontrarnos inmersos en esta gran *aldea global* -término acuñado por el sociólogo canadiense Marshall McLuhan con una significancia distante de la que hoy se le atribuye-; es decir, corresponde tener presente como un factor de alta influencia y determinación el contexto de la era global en la que nos hallamos. Donde todo forma parte de un todo, en una red interconectada de dependencias mutuas.

Es en este marco de dicotomía, donde debe analizarse lo local/global, donde "el desafío para los gobiernos locales consistió en encontrar respuestas a la movilidad del capital, a las dinámicas territoriales específicas y a las nuevas formas de acumulación flexible" (Di Pietro Paolo, 2001:13*)*.

Es así que, ineludiblemente, debemos partir del contexto en el que nos encontramos, donde este paradigma de lo *local/global* se ha referenciado con el término *glocalización*. Éste es un término que se atribuye a Roland Robertson, como el primer autor en sacar a la luz explícitamente su conceptualización. Con tal fenómeno se refiere a lo siguiente: "no sólo cada parte del mundo pasa a integrar ese mundo un poco más, sino que el mundo como un todo, está cada vez más presente en cada una de sus partes (Robertson, 2003:47)". Según este autor, este fenómeno:

> Se plasma institucionalmente en un incremento de las competencias y el rol de las autoridades subestatales en la gestión del desarrollo económico y social de los territorios bajo su jurisdicción. En esta línea, se hacía necesaria una redefinición de las relaciones entre el Estado y el capital (local e internacional) cuyo resultado fue en favor de una mayor descentralización de la economía nacional, con un correlato en las instituciones político-administrativas. (Robetson, 2003:50).

Así, ante un incremento de las competencias y roles de las autoridades se hace necesario una intervención ciudadana acentuada y firme.

El control social es el recurso que brinda al ciudadano la posibilidad de hacer efectiva su necesaria participación, dando vida al sistema ideado a los fines de dar cumplimiento a las demandas, inquietudes, pedidos e intervención, de forma tal que esta participación ciudadana hace a la construcción de las reglas del juego democrático y al real ejercicio de ellas.

En cuanto a las posibilidades de viabilizar dicha participación a través del ejercicio de la facultad de control, es en el nivel municipal donde se reparan las mayores posibilidades, dada la cercanía de este ámbito de gobierno con el ciudadano y el mayor alcance que tiene el sujeto a la hora de exigir información sobre los asuntos políticos y de responsabilidad cívica. Esto encuentra su respaldo en uno de los pilares del sistema de gobierno republicano: la publicidad de los actos de gobierno.

Todo ello conforme a la idea planteada por Robertson, en cuanto a cómo se ha seguido un movimiento de *glocalización*, propiciando con esta descentralización una mayor llegada del ciudadano a la Administración Pública, en un diálogo donde el eco de la respuesta llegue con mayor rapidez y con información que realmente haga a la situación del individuo.

Es dable destacar el giro que ha dado nuestra Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994. En lo que respecta al punto de análisis, con anterioridad a dicha reforma la publicidad de los actos de gobierno no tenía normativa expresa que la contenga, ubicándose como uno de los *derechos implícitos* que se desprenden de su art. 33. Con posterioridad a 1994, se le dio recepción constitucional tanto de manera directa como indirecta, a través de la incorporación de numerosos tratados internacionales por medio del art. 75 inc. 22 de la CN.

Veamos ahora en detalle esta doble recepción del principio que hace a la efectiva posibilidad de seguridad y control constitucional:

> La reforma constitucional de 1994 tuvo un importante impacto en la materia. Su alta relevancia se produce por una doble vía de recepción normativa: a. implícitamente, a través de la inclusión de nuevas disposiciones dentro del texto de la Carta Magna, y b. expresamente, mediante la incorporación de numerosos tratados internacionales de jerarquía constitucional. La obligación de dictar una ley de ética pública (art. 36, último párrafo), la publicidad que

> deben dar los partidos políticos del origen y destino de sus fondos y patrimonio (art. 38), la incorporación del habeas data como garantía de toda persona para tomar conocimiento de los datos referidos a ella y la finalidad con la que constan en registros o bancos de datos públicos (art. 43, tercer párrafo) y la inclusión obligatoria de sesiones públicas para el acuerdo de nombramiento de sesiones de los jueces de la Corte Suprema y de los demás jueces inferiores (art. 99 inc. 4) son las regulaciones que evidencian la expansión y consolidación de la transparencia en la gestión pública... Aunando en ello, se encuentra el derecho de información adecuada y veraz (art. 42) que trasciende la protección específica de los usuarios y consumidores, y se extiende a toda la ciudadanía argentina… Estos preceptos, bajo una interpretación literal de la Carta Magna, sólo pueden aportar como presupuestos para fortalecer el principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno.(Pinott, 2011:118.).

Por lo tanto, como surge del desarrollo que de manera acabada y resumida hace el autor citado, y de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, existen diversas formas de control social, como la iniciativa legislativa, incorporada con la reforma constitucional de 1994; la consulta popular o referéndum; revocatoria de mandato, prevista en algunas constituciones provinciales; la audiencia pública; el acceso a información, las asociaciones de consumidores y usuarios, etc. Surge así una clara idea de las posibilidades del ejercicio de control que la Constitución Nacional brinda a los ciudadanos, en consonancia con el sistema democrático que nos impera.

Esto encuentra un parangón internacional, como se adelantó *ut supra,* a través de los tratados internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22 de la CN, verbigracia, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19[2]); el

[2] Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19[3]); el Pacto de San José de Costa Rica (art. 13, inc. 1[4]).

Por último, cabe hacer referencia a la estrecha vinculación que existe entre el control social y la democracia.

Los 30 años transcurridos de democracia han significado un triunfo para el pueblo.

La democracia como forma de gobierno implica la participación activa de los ciudadanos, la igualdad de oportunidades para que todos participen en el destino de la sociedad de la cual forman parte. Se traduce en tolerancia, en libertad de opinión.

Es menester recalcar que se trata no solo de una forma de gobierno, sino también de una forma de vida, con la importancia que reviste que todos y cada uno de los ciudadanos comprendan y acepten tal aserto y en consecuencia, adopten como conducta una forma de ser democrática. En otras palabras, la elección del pueblo de convivir en base a los valores que aquélla forma involucra –respeto a los derechos de todos los miembros de la comunidad, dignidad humana, libertad, tolerancia, entre otros-.

Por lo tanto, la democracia conlleva la noción de control social y participación ciudadana.

---

investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

[3] 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párr. 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

[4] Determina la libertad de "(...) buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

Dicho control, no sólo se da en el plano electoral, sino también sobre los comportamientos de los representantes y las instituciones del país.

En este sentido, resulta fundamental analizar el concepto de *accountability*, que hace referencia a la capacidad para asegurar que los funcionarios públicos rindan cuentas por sus conductas, es decir, de obligarlos a justificar y a informar sobre sus decisiones y a que eventualmente puedan ser castigados por ellas.

En general, encontramos que la *accountability* del poder político puede ser de tipo legal o política. Mientras que la *accountability* legal está orientada a garantizar que las acciones de los funcionarios públicos se enM{n normativa y constitucionalmente, la *accountability* política se refiere a la capacidad del electorado para hacer que las medidas gubernamentales respondan o se adecuen a sus preferencias. (Eberhardt, Maurich, Triguboff, Urdinez, 2009:1).

No hay democracia sin Estado de Derecho. Es el Poder Judicial el encargado de asegurar la vigencia y la efectividad de aquellos valores y del derecho. Si falla, crece la desconfianza pública en él como instrumento rector de la convivencia social.

No obstante, no se trata solamente de un problema de regulación de la participación ciudadana y por ende, del control social, sino que también existe apatía y falta de información por parte de los ciudadanos.

Por esta razón, cobra relevancia la tarea de lograr un nacionalismo puro, que refuerce en todos los planos la identidad nacional y cultural del pueblo argentino, con la consecuencia de un sentimiento de interés por el crecimiento y control del país, siempre enmarcado en un Estado de Derecho.

Las leyes sin un pre-ocupado control social se vuelven etéreas. De allí, el importante rol de los ciudadanos de velar por el cumplimento de la Norma Fundamental.

4. Herramientas jurídicas

Los delitos de narcotráfico, trata de personas y los relativos a la depredación del medioambiente y al capitalismo global, tales como el lavado de dinero, el encubrimiento de activos y la financiación del terrorismo, podrían calificarse, de acuerdo a lo desarrollado, como transnacionales en función de la forma de operar y los efectos.

De esta manera, la forma de accionar de los sujetos activos, que la mayoría de las veces integran organizaciones, trasciende los límites territoriales de un país, para expandirse mundialmente. Esta situación, trae como consecuencia que sus efectos sean globales, generando una gran preocupación en la comunidad internacional.

En otras palabras, estos ilícitos producen un grave daño a las estructuras de los Estados y de sus sociedades, ya que son cometidos por importantes fuerzas o grupos que organizan o colaboran en la prosecución de estos crímenes traspasando el ámbito nacional e implicando dimensiones trasnacionales. De allí entonces la relevancia que representa la conjunción de esfuerzos interestatales que posibiliten la acción coordinada de los mismos en la lucha contra la actividad delictual.

En virtud de ello, en los últimos años se han impulsado propuestas tendientes a neutralizar y disminuir el potencial de estas organizaciones criminales y desalentar las actividades ilícitas.

Siguiendo estos lineamientos, y a fin de lograr un eficaz combate contra aquellos delitos, resulta indispensable la consolidación de un sistema de derecho interno tendiente a erradicar dicho accionar delictual, a la par de un perfeccionamiento del derecho internacional y de los distintos mecanismos de cooperación entre los países.

En el ámbito del derecho interno de Argentina, en los últimos años se ha desarrollado numerosa legislación respecto a la erradicación de estos delitos y la reparación de sus efectos, estableciendo diferentes herramientas para tales fines, más allá de los medios existentes como el allanamiento, intercepción de las comunicaciones, secuestro y decomiso.

Párrafo aparte merece la última herramienta mencionada, ya que posee una doble finalidad: la de volver las

cosas a su estado anterior y la de beneficiar económicamente a nuestro país. En este sentido, el producido de aquéllos puede ser invertido en la capacitación de recursos humanos, en las diferentes herramientas destinadas a combatir esta clase de accionar delictual, o bien, puede ser entregado a organizaciones no gubernamentales.

Con fines ilustrativos, debido a la amplitud del tema que excede este trabajo, mencionaremos algunos instrumentos legales adoptados en nuestro país al respecto:

a) en materia de narcotráfico, la Ley de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes (Ley Nacional 23.737), que prevé las figuras del agente encubierto, del testigo protegido, del arrepentido y la denuncia anónima. Como así también la reducción de la pena, como especie de incentivo, a la persona incursa en el actuar delictivo que proporcione información dirigida al avance del proceso.

b) en materia de delitos del capitalismo global**,** la Ley de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo (Ley Nacional 25.246) crea en el plano preventivo la Unidad de Información Financiera (UIF), encomendándole el análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el lavado de activos provenientes de una serie de delitos graves; y la Ley de Asociaciones Ilícitas Terroristas y Financiación del Terrorismo (Ley Nacional 26.268) por medio de la cual se extiende el mandato de la UIF al análisis de operaciones sospechosas de financiamiento del terrorismo.

c) en cuanto a la depredación del medioambiente, la Ley General del Ambiente (Ley Nacional 25.675), de carácter nacional, fue creada con el fin principal de brindar presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente y la implementación del desarrollo sustentable. Contiene una serie de principios de política ambiental y, en cuanto a la coordinación de medidas entre distintas jurisdicciones, se establece el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), que debe considerar los intereses de los diferentes sectores con la sociedad y entre ésta y la Administración Pública. Asimismo, la ley prevé un mecanismo

de participación ciudadana, al establecer que toda persona tiene derecho a ser consultada sobre la preservación y protección del medio ambiente. Para ello se pueden utilizar consultas o audiencias públicas, además de obtener educación e información sobre el medioambiente.

Recientemente, el 5 de junio de 2014 –Día Mundial del Medioambiente-, la Oficina de Justicia Ambiental de la Corte Suprema de Justicia de la Nación firmó dos convenios de colaboración con la Universidad Nacional del Sur y con el Instituto Tecnológico de Buenos Aires (ITBA): Convenio Marco. ITBA - Corte Suprema de Justicia de la Nación; Convenio Específico de colaboración entre la Oficina de Justicia Ambiental de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur.

El objetivo de tales convenios consiste en el desarrollo de programas de investigación y en promover la capacitación y difusión de decisiones e iniciativas vinculadas a la justicia ambiental entre las partes, el relevamiento de datos e identificación de necesidades y oportunidades en materia ambiental como así también todo otro objetivo que determinen de interés común.

d) En materia de trata de personas, la Ley Nacional de Prevención y Sanción de la Trata de Personas 26.842, al igual que la Ley 23.737, contempla la denuncia anónima. Asimismo, prevé una serie de derechos y otorga asistencia a favor de las víctimas, como así también la creación del Consejo Federal para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas, integrado por diferentes autoridades y tres representantes de organizaciones no gubernamentales. Reviste importancia el hecho de que dichas organizaciones formen parte del Consejo, ya que es una forma de participación social en la lucha contra la trata de personas. Además, dispone la creación de un Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas.

Merece destacarse en la Ley 26.842 la colaboración exigida a los representantes diplomáticos del Estado Nacional a los fines de la realización de las presentaciones necesarias para

garantizar la seguridad de la víctima y acompañarla en todas las gestiones que deba realizar ante las autoridades del país extranjero y la implementación de un Sistema Sincronizado de Denuncias sobre los Delitos de Trata y Explotación de Personas, asignando un número telefónico uniforme en todo el territorio nacional, funcionando las 24 horas del día.

No obstante, como fue señalado, los delitos trasnacionales han alcanzado dimensiones tan significativas y trascendentales que los encuadres legales no tienen efectos instantáneos en la modificación de la realidad, en especial cuando depende de conductas humanas individuales y colectivas de gran complejidad.

En virtud de ello, consideramos necesario recurrir a otros poderes y ámbitos sociales que, entrelazados con el jurídico-legal, permitan conseguir los objetivos deseados. A tales fines, resulta imperioso no sólo dotar a la justicia de los elementos indispensables a los efectos de obtener una capacidad operativa adecuada para sancionar eficaz y rápidamente estos delitos, sino también adoptar medidas que permitan combatir las causas económicas y sociales que llevan al ejercicio de este accionar delictivo.

Como destacamos anteriormente, esta tarea requiere del apoyo de toda la comunidad, motivo por el cual es fundamental que la opinión pública esté plenamente informada respecto de los peligros que acarrean estas prácticas delictivas incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana, recurriendo principalmente a la educación y a la prevención.

Debido a las grandes consecuencias de este tipo de accionar delictual, la comunidad internacional ha reaccionado a través de diferentes tratados que tienen como objeto erradicar este tipo de delitos, brindando a los Estados parte las herramientas necesarias para lograrlo.

Así, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (Convención de Viena de 1988) como de la Convención de Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), surge que las herramientas jurídicas de investigación más eficaces para combatir el accionar

delictual son la intervención de las comunicaciones, la entrega vigilada o controlada, el agente encubierto, el informante o colaborador y el agente revelador. Todo ello, sin perjuicio de disponer de instituciones procesales que permitan garantizar la protección de testigos, la reserva de identidad y otras que permitan acotar los plazos procesales y asegurar el éxito de la investigación.

Resulta fundamental, y hoy en día es posible por los avances tecnológicos, contar con sistemas que permitan acceder a la información relacionada con estados patrimoniales y financieros de los investigados, con la finalidad de no centrarse -tal como es expresado en las Guías de Buenas Prácticas, Lucha contra el Tráfico de Drogas, de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP)- exclusivamente en el descubrimiento, incautación o secuestro de las sustancias ilícitas sometidas a control por cada una de las legislaciones, sino también en las actividades de blanqueo de dinero y los enriquecimientos patrimoniales ilícitos -derivados de las actividades de tráfico de drogas, trata de personas, como así también del tráfico de los recursos ambientales-, demostrativos estos últimos, en la inmensa mayoría de los casos, de las actividades sancionadas, sin perjuicio de configurar ilícitos autónomos a sancionar por las diversas legislaciones tanto en la jurisdicción civil, penal como contenciosa administrativa.

Creemos que el punto anteriormente mencionado requiere de un tratamiento urgente por la gran importancia que reviste.

Repárese en que uno de los principales fines de la delincuencia organizada es la búsqueda desmedida de beneficios económicos por parte de sus integrantes. El lavado de dichos beneficios se presenta así como una cuestión inevitable tendiente a la supervivencia de cualquier organización que persiga fines ilícitos, ergo, la persecución de este delito resulta clave para el desmantelamiento de aquellas, privándolas así de sus fuentes de financiación.

De esta manera, el combate contra el lavado de activos requiere de una investigación patrimonial detallada y ágil. Una de las principales dificultades reside en los plazos que se

requieren para obtener la identificación de bienes o cuentas bancarias localizadas en otros países, y por consiguiente la demora en la adopción de medidas tendientes a impedir su movilización, a los fines de evitar que estos desaparezcan o sean sustraídos del mercado; como así también los obstáculos para un rápido y fácil acceso a la información y la existencia de mercados y economías informales en determinados países.

En materia de investigaciones transnacionales de lavado de activos, las dificultades que se han identificado en párrafos anteriores se ven acentuadas si parte de la documentación, las personas implicadas en las causas o los bienes producto del delito, se encuentran en otro país. Situación de la que deriva que los fiscales acoten su labor investigativa al ámbito nacional.

En 1989, ante la falta de respuesta eficiente por parte de los instrumentos existentes para impedir la penetración de las organizaciones criminales en el sistema financiero, se creó el Grupo de Acción Financiera (GAFI), fruto de la cooperación internacional.

Las Recomendaciones del GAFI, aprobadas en 1990 y completadas en el año 2001, se han convertido en una guía para la actuación de los Estados en la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

Asimismo, en el año 1995 se dio comienzo al Grupo Egmont[5] y en el año 2000 se crea el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD[6]).

---

[5] Comenzó como un foro en el año 1995. Es un organismo internacional que agrupa organismos gubernamentales, conformado por Unidades de Inteligencia Financiera (UIFs), creando una red internacional para intercambiar información, conocimientos y tecnología en pos de luchar contra el lavado de activos y financiación del terrorismo.

[6] Organización intergubernamental de base regional que agrupa a los países de América del Sur y México. Entre sus objetivos se encuentra el de conseguir que las legislaciones de sus miembros sean consistentes con una política global completa para combatir el delito de lavado de activos y financiación del terrorismo. Promueve también, una actuación integradora de los aspectos legales, financieros y operativos y de todas las instancias públicas responsables de esas áreas.

Es preciso aclarar que las herramientas mencionadas resultarán eficaces siempre y cuando existan recursos humanos altamente especializados para su utilización.

Como se mencionó, la delincuencia organizada se caracteriza por su complejidad, por lo que es necesario un coordinado trabajo interdisciplinario, que abarque distintos profesionales (abogados, contadores, ingenieros en sistemas, entre otros) que aúnen sus esfuerzos en la lucha contra la criminalidad, tanto a nivel nacional como internacional, como así también el intercambio de experiencias entre los operadores jurídicos de diferentes países[7].

Asimismo, la comunidad internacional debe cooperar con los países que, por ejemplo, funcionan como tránsito y almacenamiento de estupefacientes y paraísos fiscales donde se encuentra gran parte del dinero obtenido ilícitamente.

Las necesidades del siglo XXI son diferentes a las que existían al momento de celebrarse los convenios referidos a los delitos trasnacionales, los movimientos y comunicaciones de las organizaciones creadas para accionar ilícitamente han evolucionado y lejos de ellas está la cooperación entre autoridades judiciales.

Representa una de las posibles soluciones a esta problemática, una flexibilización en los requisitos exigidos para solicitar medidas probatorias entre estados y la tarea de dejar en claro las exigencias que deben observarse en la ejecución de la acción requerida y la obtención de la prueba, para que esta pueda ser válidamente incorporada al proceso.

Esto, traería como consecuencia una mayor celeridad en la cooperación y, correlativamente, en el proceso judicial. A nuestro parecer, debería implementarse la videoconferencia,

---

[7] Tal como lo recomienda el 12 Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y la Justicia Penal, realizado en Salvador, Brasil, en abril de 2010: promover encuentros entre operadores de distintos países para establecer lazos de confianza y una red estable de contactos; en la medida en que las legislaciones nacionales lo permitan, articular canales de coordinación rápidos y directos, es decir, un procedimiento expreso sin perjuicio de vía formal, que aproveche el uso de nuevas tecnologías en comunicación.

como una forma de requerir la ejecución de una medida probatoria, sorteando el retraso que puede ocasionar hacerlo de forma escrita para luego enviarla al país requerido.

En esta línea, las Guías de Buenas Prácticas, Lucha contra el Tráfico de Drogas de la AIAMP, recomienda admitir la transmisión de solicitudes por vías de comunicación distintas del correo postal. El uso del fax, correo electrónico y otros medios técnicos debe ser validado definitivamente.

Por otro lado, las organizaciones internacionales cuentan con espacios virtuales para el intercambio seguro de documentos y solicitudes cuyo potencial debe ser explotado (Ej.: Groove de la OEA, IberReD, la web de UNODC, etc.).

En este sentido, la implementación de la firma electrónica puede convertirse en un medio apto y seguro para garantizar la autenticidad de este tipo de transmisiones en las que se comparte información sensible.

No debemos olvidar la importancia de las fuerzas de seguridad para que coadyuven en la persecución de este accionar ilícito. Poco sirve el desarrollo de herramientas eficaces, la especialización de los integrantes del Ministerio Público y del Poder Judicial, sin policías capacitados en la ejecución y forma de actuar de las organizaciones delictivas.

En cuanto a los delitos vinculados con la depredación del medioambiente, nótese que transitamos tiempos donde en materia medioambiental existe una fuerte alarma natural que suena de forma estridente.

Los cambios climáticos que el mundo ha experimentado en los últimos años, han provocado la intervención de autoridades de diferentes países y de otros actores transnacionales, como las organizaciones no gubernamentales.

Así, se han desarrollado una serie de políticas públicas, regímenes normativos y programas de concientización a los fines de detener el deterioro que el medioambiente sufre, de frenar con la degradación del planeta y dar inicio a un ciclo de cuidado ambiental, donde la premisa ponga el acento en la prevención y no en la reparación o en la punición.

Sin perjuicio de ello, la baja prioridad que tiene en la agenda publica la lucha por los delitos contra el medioambiente, unido al bajo compromiso en la participación ciudadana al ser derechos difusos donde muchas veces el sujeto espera el actuar de otro y con el enorme agravante del mercantilismo que puja por ganar en producción y recursos, sin importar los recursos naturales; ha hecho que esta materia se vea relegada y en numerosos casos impunemente quebrantada una y otra vez.

La Reforma Constitucional de 1994 se ocupó de este factor, marcando un punto de inflexión de fundamental trascendencia, en tanto consagró de forma explícita los derechos de incidencia colectiva, creando garantías para su defensa, operatividad y ejercicio; incorpora asimismo al derecho argentino, como se mencionó anteriormente, diversos pactos internacionales que hacen a la cuestión ambiental.

A nivel internacional, Argentina ha ratificado diferentes tratados como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; el Protocolo de Kyoto; el Protocolo de Montreal; el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR; el Convenio de Viena para Protección de la Capa de Ozono; entre otros.

Asimismo, de acuerdo con la observación que hace la Organización de las Naciones Unidas, a través del Consorcio Internacional para combatir los delitos contra la vida silvestre, que fue comunicado en el documento *Herramientas para el análisis de los delitos contra la vida silvestre y los bosques* consideramos de fundamental importancia el detenido y profundo examen de la temática a los fines de ser utilizado como guía para un accionar efectivo que tienda a la protección acabada por parte de las legislaciones.

En este sentido, como se señaló, es fundamental el rol que desempeña el ciudadano a los fines de dar vida a la protección ambiental. Sin embargo, dicho rol se encuentra condicionado por la falta de educación o de información suficiente, como también por diversos elementos psicológicos como el descreimiento en el correcto funcionamiento de los canales legales y de los actores dispuestos a tales fines. Por ello, es de vital importancia revertir esta condición actual, so pena

de hacer letra muerta de lo que ha costado años de trabajo y lucha en materia de protección legal del medio ambiente.

De esta manera, partiendo de una participación ciudadana activa y coherente con el sistema democrático en el cual nos encontramos inmersos, toman trascendencia procedimientos como las audiencias públicas. Éstas, facilitan la participación del ciudadano en los asuntos de gobierno y en el proceso de elaboración de las leyes.

Sin embargo, insistimos en lo siguiente: para que dicha herramienta resulte eficaz, es necesaria una educación previa que genere conciencia de la problemática medioambiental, del estado actual del medioambiente y de los riesgos presentes y futuros.

No será sino a partir de esta percepción colectiva de la importancia que reviste el pre-ocuparse del asunto medioambiental, que será posible una democracia participativa donde se trabaje mancomunadamente en la búsqueda de soluciones colectivas.

A tales fines, es de absoluta necesidad que se de paso a un libre acceso a la información ambiental. Éste encuentra fundamento en el punto antes desarrollado en cuanto a la publicidad de los actos de gobierno, como pilar de la forma republicana de gobierno.

Como refiriéramos anteriormente, solo partiendo de una información acabada, el ciudadano podrá intervenir en la problemática a través de las diferentes herramientas con las que cuenta, como por ejemplo, de la iniciativa popular, incorporada a través de la reforma constitucional de 1994 en el art. 39. Este medio representa concretamente la posibilidad de los ciudadanos de presentar proyectos de ley ante la Cámara de Diputados. Constituye así, una de las formas más prístinas de democracia semidirecta; como así también, la herramienta del recurso de amparo.

Más allá de lo concerniente al ciudadano, es dable señalar que existen instituciones que tienen el deber de actuar, no solo a requerimiento de la ciudadanía sino también de oficio, en la defensa y tutela de la materia medioambiental. Nos referimos con ello, tanto al Defensor del Pueblo (art. 86 de la

CN), como al Ministerio Público y a la Auditoría General de la Nación.

En este sentido, encontramos oportuno cerrar con las conclusiones vertidas en el manual *Nuevas Herramientas para la Acción Ciudadana en Defensa de los Derechos del Medio Ambiente,* de la Fundación Poder Ciudadano, que expresa lo siguiente: si se advierte que la gestión pública del medio ambiente afecta la vida de cada ser humano y se reconoce que cada uno es en parte propietario del aire, de los ríos o de la capacidad de regeneración de la naturaleza, se entiende claramente que una exitosa gestión pública del medio ambiente requiere de una comunicación y una colaboración permanentes entre las autoridades públicas y la ciudadanía.

El desafío consiste en encontrar las modalidades más eficientes para una comunicación permanente entre gobernantes y gobernados a fin de que se permita legitimar de *abajo hacia arriba* las decisiones que los afecten, con la participación de todos los involucrados.

5. Agenda pendiente

En virtud de lo expuesto, nos encontramos transitando una época que se caracteriza por un alto nivel tecnológico que facilita la comisión de delitos que trascienden las fronteras territoriales de los Estados.

Dicha clase de accionar, al requerir de una organización, revela una mayor peligrosidad y complejidad, por lo que para combatirla se requiere recursos humanos altamente especializados.

Repárese en lo siguiente: si los delincuentes son detenidos, la organización creada para actuar ilícitamente continúa debido a la importancia y beneficio que tal actividad provoca.

En este escenario, tenemos la certeza que se requiere de un trabajo en conjunto, en dos aspectos:

a) A nivel interno, de arriba hacia abajo y de abajo hacia arriba, con una asignación presupuestaria por parte de las

autoridades, destinando lo suficiente a los fines de la capacitación de los encargados de perseguir este tipo de delitos; con la reorganización de los recursos humanos, con la formación de un grupo multidisciplinario especializado. Todo ello complementado con una activa participación ciudadana.

b) A nivel internacional, de fundamental importancia es la cooperación entre los diferentes estados y organizaciones mundiales.

Necesitamos compromiso, concientización y responsabilidad de todos los actores (políticos y sociales), en todos los niveles.

Así las cosas, precisamos trabajar en aquellos asuntos pendientes, reitérese, no sólo a nivel interno, sino también internacional. Sin embargo, primeramente es necesario consolidar a nivel interno dicho trabajo, para actuar con fortaleza en el plano internacional.

Uno de los puntos fundamentales a incluir en la agenda es el accionar integrado, ya que enfrentamos una serie de inconvenientes surgidos como consecuencia de un sistema que aún, no actúa en forma conjunta.

Como se mencionó anteriormente, el presente se caracteriza por organizaciones cuya ganancia está dada por la actividad delictiva, que poseen un accionar altamente complejo, que escapa a los modelos y formas existentes de persecución de los delitos. De allí la importancia de la incorporación de nuevas herramientas jurídicas y sociales, con la consiguiente capacitación de recursos humanos. Todo esto, en un marco de cooperación de las autoridades, de la sociedad y de los demás Estados.

Por lo tanto, se impone la necesidad de desarrollar un sistema jurídico, político e institucional adecuado para tales fines. Este resultado se logra además, mediante la acción conjunta y planificada entre el Estado y la sociedad en general.

6. Conclusión

Nos encontramos inmersos en una etapa donde el crimen ha tomando una dimensión trasnacional poniendo en riesgo la seguridad local e internacional, juntamente con las instituciones democráticas. Esta circunstancia se instaura como una derivación del fenómeno de globalización que abrió paso a la proliferación de redes transnacionales ilícitas, iguales o más integradas que las organizaciones transnacionales lícitas. Los avances de la tecnología, de la comunicación y de la información hicieron posible que estas redes ilícitas se reproduzcan a lo largo y ancho del mundo con un amplio escenario de oportunidades.

Frente a ello, la experiencia demuestra que tanto el ordenamiento jurídico interno como el internacional vigente, no poseen la aptitud para combatir de manera aislada la delincuencia trasnacional.

En consecuencia, se presenta la necesidad de un perfeccionamiento y actualización de las herramientas jurídicas y sociales, a fin de desbaratar aquéllas organizaciones y poner fin a esta clase de accionar y a su impunidad o, mínimamente, comenzar un proceso cuyo resultado prepare un terreno de difícil tránsito para los miembros de las organizaciones delictuales.

Esta tarea requiere de una concientización y responsabilidad por parte de los diferentes estados, autoridades y ciudadanos, quienes a través de un trabajo coordinado e interdisciplinario, dispongan de medios eficaces para el castigo de esta clase de accionar delictivo.

Todo ello, tiene punto de partida en una conciencia individual que haga a una conciencia social y logre extenderse con miras a ser, algún día, global.

Desde esta perspectiva, consideramos que asimilar la trascendencia de la delincuencia organizada como una problemática multidimensional, tanto desde el ámbito interno como internacional, es la mejor forma para entender su naturaleza y poder articular medidas nacionales, regionales e internacionales.

A lo largo de la exposición, argumentamos la necesidad de fomentar la participación ciudadana en la cuestión

planteada. Sin embargo, observamos que actualmente el cuerpo social está alejado de la administración de justicia, no tiene posibilidades de comprender, ni de controlar su eficiencia.

Un pueblo informado, educado y formado, dará como necesario resultado a ciudadanos participativos y proactivos. Que a sabiendas de lo que se requiere hacer, luchen por lograrlo.

Debemos ser conscientes que en materia de delitos transnacionales como el narcotráfico, la trata de personas, la depredación del medio ambiente y los referidos al capitalismo global; es imprescindible agilizar las respuestas en materia de cooperación internacional, para obtener acciones y respuestas en plazos razonables. Ya que las investigaciones prolongadas dificultan la obtención de los objetos del delito y la identificación de los criminales.

Creemos que el presente es realmente un haz de luz en la oscuridad. Puede que signifique un aporte en extremo mínimo frente a todo lo que el panorama exige en materia de investigación y labor cívica. Pero más allá de ello, es un comienzo, una semilla depositada en el lector de la cual se desea que germine una idea, un pensamiento o una reflexión.

HACIA UNA NOCIÓN APERTURISTA DE LA DOBLE INSTANCIA

Marcia Alexandra Catinari •

1. Introducción

A veinte años de la Reforma Constitucional de 1994, puede apreciarse un notable avance en el reconocimiento de derechos humanos en general, aunque una imperiosa necesidad de su re significación y alcance en un sinnúmero de aspectos particulares.

Ha sido encomiable, en este sentido, el aporte desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien propició a una interpretación dinámica, progresista y contextualizada de la Convención Americana de Derechos Humanos, y resultado sido, eficaz, por otra parte, la recepción de tales lineamientos por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La nueva perspectiva generada desde estos ámbitos de poder democrático ha logrado brindar a los justiciables y a los operadores de la justicia en general, una visión más aperturista sobre el acceso a la jurisdicción y el debido proceso legal; una comprensión más acabada sobre la significación y naturaleza de los derechos inherentes al individuo - tanto los reconocidos

• Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Secretaria del Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 1 de la ciudad de Santa Rosa.

en la Carta Magna como los contemplados supra e infra constitucionalmente -, a la par que proporcionó una noción más definida del rol que le corresponde al Poder Judicial en nuestro país.

Dentro de la noción del debido proceso como garantía irrenunciable de los ciudadanos, aparece *la doble instancia* o *derecho al recurso*, aspecto que posibilita la realización de la justicia en el caso concreto a través de la revisión de lo decidido por un órgano jurisdiccional independiente, imparcial e impartial, por parte de otro órgano de iguales características y mayor jerarquía.

La posibilidad, para el individuo, de *recurrir* la decisión que considera injusta o lesiva a sus derechos y/o intereses, se presenta como una tutela efectiva frente al poder del estado, a quien le está conferido constitucionalmente la potestad de decidir sobre el patrimonio económico, moral e intelectual de las personas y, en cierta forma, diseñar, adaptar y condicionar el destino de los justiciables de acuerdo al resultado de sus pronunciamientos.

El presente trabajo procura desentrañar cuál es la significación y alcance de la *doble instancia judicial* en la práctica judicial actual, en los procesos extrapenales y particularmente en los civiles, teniendo en cuenta las directivas emanadas en tal sentido desde la normativa convencional y la Jurisprudencia Supranacional.

Ello así, teniendo en cuenta que el derecho al recurso ha logrado una clara consolidación en el marco del juicio penal a instancias de la aplicación del art. 8.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina judicial sentada por nuestro Máximo Tribunal Judicial tras la reforma constitucional de 1994. Sin embargo, la cuestión presenta algunas complejidades a la hora de extender su aplicación a los procesos civiles, comerciales, laborales, de familia, contencioso-administrativos, etc.

Un examen de la cuestión a la luz de la elaboración pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de las normas internas e internacionales que legislan el derecho al recurso, intentarán resolver la presente hipótesis de trabajo: *¿Nos conducimos, en realidad, hacia una visión aperturista de la doble instancia en todos los procesos judiciales?* O expresado de otra manera: *¿La doble instancia ha sido finalmente reconocida como garantía constitucional para la protección de derechos de cualquier naturaleza?*

La respuesta a este interrogante trasuntará, indubitablemente, cuál el estado de evolución de nuestro país frente a la operatividad de los derechos que nos han sido reconocidos como sociedad democrática y, en su caso, cuánto camino nos queda por recorrer para lograr su pleno ejercicio, sin limitaciones de ninguna índole.

2. La doble instancia y la necesidad de la revisión judicial

2.1. Fundamentos jurídicos. La revisión de lo actuado jurisdiccionalmente, encuentra fundamento jurídico en la necesidad de reparar el error humano ante la existencia cierta de un gravamen producido por el dictado de una resolución judicial.

En los ordenamientos procesales de los pueblos civilizados se reconoce la posibilidad de hacer pasar la misma causa -antes de que se forme cosa juzgada irrevocable respecto de la misma- a través de una serie de sucesivos exámenes cuya experiencia constituye para los justiciables una garantía de eliminación de los posibles errores del juez.

Para que esta garantía resulte eficaz, es necesario que el nuevo examen tenga lugar ante un órgano judicial *distinto* del que entendió en primer lugar en la causa, de modo que el juicio que se despliegue ante el segundo juez constituya una confirmación y un control de la sentencia ya pronunciada sobre el mismo objeto por el juez anterior.

Desde antaño, una de las cuestiones más debatidas dentro del Derecho Procesal es la de si se halla o no justificada la segunda instancia. Frente a los detractores de la revisión -quienes postulan la innecesaridad de reeditar o renovar el proceso ante un órgano superior por el riesgo de alcanzar un mismo resultado y por el costo jurisdiccional que ello representa-, otras voces señalan su conveniencia, ya que al importar la apelación una operación distinta de razonamiento a fin de verificar si la primitiva resulta o no correcta, la experiencia recursiva constituye una fuente de eliminación de posibles errores y por ende, un mejoramiento sustancial del sistema de protección de derechos.

Más allá de las disquisiciones que existen al respecto, no puede soslayarse que, como antes se expuso, el fundamento de la doble instancia se encuentra en la falibilidad humana y al mismo tiempo, a fin de mantener la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia. Debido a las imperfecciones del conocimiento humano, todo fallo puede ser desacertado o injusto o bien, el perjudicado por la resolución puede creer que lo es. Por tal razón, al estado le interesa rectificar su pronunciamiento si no se acomoda al derecho objetivo, o en su caso, afianzar su decisión confiando la decisión a un órgano superior.

En este sentido, cabe señalar que:

> La segunda instancia constituye siempre una garantía para el justiciable. En todo caso, constituye un predominio de la razón sobre la autoridad. Lo que la técnica legislativa procesal debe asegurar es que el proceso de revisión de segunda instancia se realice con el menor dispendio de energías. A ello tiende la solución de reducir los límites de la apelación a la revisión necesaria de los materiales acumulados en la primera instancia (Couture, 1972:72)

En efecto, actualmente el recurso se concibe como una garantía que se otorga al justiciable contra la injusticia de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación del derecho. La noción misma del debido proceso incorpora la posibilidad recursiva, y ello resulta de la concepción de que el recurso, más que control de los actos judiciales, es una garantía procesal para quien se considere afectado en el reconocimiento de sus derechos.

2. 2. Orígenes e incorporación al derecho argentino. Los orígenes del recurso como institución procesal se remontan al Derecho Justinianeo, en cuyo marco la apelación se convirtió en la forma ordinaria de impugnar las sentencias definitivas e interlocutorias sin límite cuantitativo.

En nuestro país, el derecho indígena ya reconocía la posibilidad de la doble instancia[1]. Posteriormente, el derecho colonial, desarrollado bajo la influencia del derecho español, recibió aporte directo de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855. Así, incorporó el acceso a la doble instancia en el *Reglamento provisorio sobre los recursos de segunda suplicación, nulidad o injusticia notoria y otros extraordinarios* sancionado por la Junta Grande el 21 de junio de 1811[2] y más tarde, a través del *Reglamento de Institución y Administración de Justicia*, de fecha 23 de enero de 1812, que contemplaba la creación de una Cámara de Apelaciones, estableciéndose, en las capitales que no tenían Cámara de Apelaciones la denominada *Alzada de Provincia.*

Como puede apreciarse, ya en la época anterior a la Constitución Nacional de 1853/1860 era reconocida la doble instancia dentro de nuestra organización judicial, institución

---

[1] En México, las resoluciones de los Alcaldes podían ser apeladas ante la Sala del Consejo de Moctezuma.

[2] El Reglamento de 1811 creaba un Tribunal formado por cinco miembros y regulaba el procedimiento a seguir.

que fue incorporándose paulatinamente en los derechos provinciales y federal.

Si bien al sancionarse la Carta Magna el constituyente no la incorporó dentro de su texto, sí plasmó la garantía del debido proceso adjetivo en el art. 18. En virtud de esta norma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que el debido proceso quedaba afectado en aquellos supuestos en que la doble instancia se hallaba instituida por ley y no era respetada en el caso concreto[3].

2.3. La doble instancia y el derecho de defensa en juicio. Recepción constitucional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado reiteradamente que el derecho de defensa en juicio no es absoluto, sino que está sujeto a las reglamentaciones necesarias para hacerlo compatible con los derechos de los demás litigantes y con el interés social de obtener una justicia eficaz[4].

En función de ello, el alto tribunal ha sostenido, como principio, que la doble instancia no constituye requisito de la garantía constitucional de la defensa en juicio y, por lo tanto, el legislador tiene libertad para implantar un sistema de instancia única o plural, o de limitar los supuestos de admisibilidad de los recursos ordinarios, sin que se afecte por ello la garantía constitucional[5]. Sin embargo, también ha dicho que si le segunda instancia está constituida por la ley, la integra, y la

---

[3] CSJN Fallos 307:966, entre otros.

[4] CSJN 6/12/39, Fallos 185:242, Fallos, 212:447, Fallos, 286:257." La defensa de los derechos debe ejercitarse conforme a las leyes que los reglamentan"(CSJN, 9/2/50, LL, 58-412 y fallos, 216:41. SCBA, 1/4/50, LL, 61-364)

[5] CSJN 3/8/60, Fallos 247:219, Fallos 247:540, Fallos 250:12, Fallos 250:772, Fallos, 256:39, Fallos 256:440, entre otros.

frustración ilegítima o injustificada de la misma configura una agravio a dicha garantía[6].

Desde esta perspectiva, se postula que la inviolabilidad de la defensa en juicio no depende del número de instancias que las leyes procesales establezcan según sea la naturaleza de las causas[7]. De allí que gran parte de la doctrina nacional entienda que, aún tras la Reforma de 1994, el texto constitucional – con excepción de los asuntos criminales – no contempla la doble instancia como requisito de la defensa en juicio en los asuntos que corresponden a las jurisdicciones locales - art. 75 inc. 12 -; ni pueda derivarse aquélla de las garantías consagradas en el art. 18, o de las normas referentes a la justicia nacional previstas en el art. 108 y ss., ni que pueda desprenderse, tampoco, del art. 5° que reconoce a cada provincia la facultad de dictar su propia constitución siempre que, entre otros aspectos, se asegure la administración de justicia.

Es dable advertir que, aún colocándonos en la hipótesis de que la Constitución Nacional no contemple la doble instancia como una aplicación del derecho de defensa en juicio, ello se limita exclusivamente a instancias judiciales, es decir para el caso que se interprete que no resulta necesaria una segunda instancia cuando la primera ha sido una instancia judicial.

Sin embargo, cuando la instancia anterior contra cuya decisión se interpone el recurso ha sido sustanciada y decidida en sede administrativa, no existen discrepancias en la necesidad del establecimiento de una instancia judicial posterior, *toda vez que las decisiones jurisdiccionales de la administración deben contar siempre con la posibilidad de un ulterior control judicial suficiente*[8] .

---

[6] CSJN 18/06/85, RepED, 19-408, n° 111, ED, 114-274 y 25/8/83, ED, 106-227 con nota de Germán BIDART CAMPOS.

[7] CORTE SUPREMA DE JUTICIA DE LA NACION, 5/3/69, Rep.ED, 3-663, n° 47

[8] CSJN, 19/9/60, fallos, 247:646; íd., 28/9/62, fallos, 253:485; íd., 30/7/74, fallos 289:153, entre otros.

Ahora bien, como se expuso más arriba, la Constitución Nacional no recepta literalmente la exigencia de la doble instancia. El art. 108 que refiere a tribunales inferiores - respecto de la Corte Suprema – no menciona el número de instancias, por lo que el segundo grado de la jurisdicción no se hallaría establecido de modo expreso.

Asimismo, prevé que las provincias, al dictar sus respectivas constituciones, deben asegurar su administración de justicia (art. 5° C.N.), conservando los estados provinciales amplia libertad para organizar su propio Poder Judicial pudiendo incorporar en sus textos, con carácter obligatorio, la exigencia de la segunda instancia. En tal caso, el doble conforme devendría exigible por aplicación de las normas constitucionales locales.

En cuanto a la recepción de la doble instancia en el Derecho Público Provincial, coexisten varios sistemas normativos en las constituciones locales. En algunas, la doble instancia está plasmada en el texto constitucional mientras que otras provincias han optado por instituir como órgano de gobierno al Poder Judicial, sin hacer mención sobre el establecimiento de órganos intermedios o de alzada.

Así, se observa que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires alude expresamente a los tribunales de alzada al contemplar a las Cámaras de Apelaciones dentro de los organismos pertenecientes al Poder Judicial.

El art. 160 de la norma constitucional local establece: "El Poder Judicial será desempeñado por una Suprema Corte de Justicia, cámaras de apelación, jueces y demás tribunales que la ley establezca…".

De allí que deba inferirse que el derecho al recurso adquiere, en este caso, raigambre constitucional y, como tal, ya no resultará susceptible de ser eliminado de la legislación orgánica o reglamentaria del Poder Judicial bonaerense.

No obstante ello, algunos conflictos trae aparejado en esta provincia el caso de los tribunales de instancia única, como son

los Tribunales de Trabajo y los tribunales colegiados del Fuero de Familia, cuyas sentencias definitivas son recurribles únicamente mediante los recursos extraordinarios ante la Suprema Corte Provincial, los que atento el estricto marco cognoscitivo que ofrecen no garantizan en puridad la doble instancia.

Otra objeción constitucional se plantea en los casos de limitaciones recursivas en razón del monto, tal como acontece con el art. 55 de la Ley de Procedimiento ante los Tribunales Laborales de la Provincia de Buenos Aires (Ley Provincial 11.653), que como se observará más adelante, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires insiste en reputarla constitucional[9].

Similar controversia plantean, en el ámbito de la justicia nacional, las limitaciones recursivas en razón del monto que establecen el art. 106 de la Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo (Ley Nacional 18.345) y el art. 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Similar exégesis normativa a la de la Provincia de Buenos Aires comparten las constituciones de Santa Fe y La Rioja. La primera establece que "el Poder Judicial de la Provincia es ejercido, exclusivamente, por una Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Apelación, Jueces de Primera Instancia y demás tribunales y jueces que establezca la ley (art. 83)".

Por su parte, la Carta Magna de La Rioja dispone que "la función judicial será desempeñada por un Tribunal Superior de Justicia, cámaras, jueces, jueces de paz letrados o legos, miembros del Ministerio Público y demás tribunales y funcionarios que establezca la ley….". (art. 129).

La Constitución de la Provincia de la Rioja, a diferencia de las Provincia de Buenos Aires y Santa Fe que expresamente

---

[9] SUPREMA CORTE DE BUENOS AIRES., "SALA, Jorge H. c/ BONANNO, Mónica B. Despido", 14 de septiembre de 2011 publicado en www.scba.gov.ar.

incluyen a las Cámaras de Apelaciones en el texto de la norma, aquella sólo alude a c*ámaras* (art. 129). Ello ha originado que parte de la doctrina considere que, en tal caso, el plexo normativo no se referiría a Tribunales de Apelación sino a Cámaras de Instancia Única, y que por ende, la doble instancia no estaría garantizada constitucionalmente.

No obstante, una interpretación teleológica y acorde a los lineamientos vigentes en materia de derechos humanos autoriza a concluir que la totalidad de los plexos constitucionales citados garantizan la revisión de lo decidido por un órgano superior.

Por su parte, las Cartas Magnas de las Provincias de Chubut (art. 171), Salta (art. 150); Córdoba (art. 152); Jujuy (art. 144), entre otras, integran el grupo de constituciones que si bien asignan competencia a sus Superiores Tribunales para resolver en última instancia y por vía de recurso en las causas que le son sometidas, no receptan en su texto constitucional la exigencia del establecimiento de Tribunales de Apelaciones o de alzada. Ello, sin perjuicio de dejar librado a las leyes orgánicas de sus respectivos poderes judiciales todo lo vinculado a la competencia material, territorial y de *grado*, contemplándose allí las correspondientes instancias de apelación.

En el caso de La Pampa, el art. 81 establece:

> El Poder Judicial de la provincia será ejercido por un Superior Tribunal de Justicia y demás tribunales que la ley establezca. Ésta determinará el orden jerárquico, su número, composición, sede, competencia, obligaciones y responsabilidades de los miembros del Poder Judicial, casos y formas de integración y reemplazo….". Por su parte, el art. 90 inc. 30), dispone, entre las atribuciones del Superior Tribunal de Justicia, la de *decidir en grado de apelación en las causas resueltas por los tribunales inferiores y en los demás casos establecidos en las leyes respectivas….*

Como puede observarse, el plexo normativo de nuestra provincia se ubica dentro del grupo de constituciones que si bien reconocen un derecho subjetivo a la alzada – al conferírsela al Superior Tribunal de Justicia- , no establece tribunales específicos de segunda instancia tal como lo hacen las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y La Rioja. De allí que los organismos representativos de las instancias recursivas intermedias sólo encuentran recepción en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Pampa (Ley Provincial 2574), Tribunal de Impugnación Penal - arts. 42 a 47 – y Cámaras de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería – arts. 48 a 54.

3. El alcance de la garantía de la doble instancia

Tal como se expuso en los prolegómenos (ap. I), el núcleo central que se pretende dilucidar en el presente trabajo es el *alcance y extensión del doble conforme* en un sistema normativo que, tras el impacto propiciado por la Reforma Constitucional de 1994, exige un reexamen de la cuestión debatida a la luz de un nuevo paradigma marcado por la jerarquización asignada a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Desde esta perspectiva, la controversia se suscita a la hora de determinar si la doble instancia representa una garantía constitucional también en los juicios civiles y en general, en aquellos procesos diferentes al penal o, si por el contrario debe permanecer anclada en el reducto del procedimiento penal.

Ello así, considerando que, con base en la profusa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de los casos: Herrera Ulloa vs. Costa Rica y

Barreto Leiva vs. Venezuela[10], entre otros, ya no existe discusión respecto a la aplicación del art. 8, ap. 2°, ap. h de la Convención Americana de Derechos Humanos en las causas de naturaleza penal, reconociéndosele al inculpado de un delito, la garantía de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior[11].

Tal directiva garantista fue receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del Fallo Giroldi[12] y profundizada luego en Casal[13], dejando atrás, de este modo, la doctrina restrictiva sustentada en el Caso Jáuregui[14].

A partir de los precedentes mencionados, el Alto Tribunal fue reelaborando, con interesantes aportes, la teoría del *doble conforme*, en consonancia con los lineamientos sustentados por el órgano jurisdiccional del sistema interamericano.

Sin embargo, se presenta alguna complejidad cuando se trata de establecer la aplicación de la misma garantía a los procesos extrapenales, es decir a aquellos de naturaleza civil, comercial, laboral, de familia, contencioso-administrativos, etc.

La expresión literal contenida en el art. 8.2.h) del Pacto de San José de Costa Rica, contextualizada en el marco del juicio criminal, torna necesaria la elaboración de un análisis interpretativo integrador a fin de lograr una definición certera sobre la inclusión o no de estos otros procesos judiciales (no penales) dentro de la noción de la doble instancia.

---

[10] CORTE IDH, Caso "HERRERA ULLORA vs. Costa Rica". Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C N° 107; "Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Sentencia del 17 de noviembre de 2009, Serie C N° 206)

[11] Art. 8.2: Toda persona inculpada de delito tiene… h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. El antecedente de este dispositivo se encuentra en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[12] CSJN, 7/4/1995, Fallos 318:514.

[13] CSJN, 20/9/05, Fallos: 328:3399.

[14] CSJN, 15/3/88, Fallos 311:274.

3. 1. La Doble Instancia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Dado que, como se remarcó, la garantía de la doble instancia se encuentra consagrada en el art. 8.2.h de la CADH, cabe analizar la interpretación y alcance que el órgano jurisdiccional interamericano le otorga a este dispositivo así como la recepción e impacto de sus pronunciamientos por la magistratura argentina.

Para ello, ha de tenerse presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo lo dispuesto en los arts. 62.3 y 68.1 del Pacto de San José de Costa Rica, ha señalado que sus fallos son de cumplimiento obligatorio en el caso concreto, y que su falta de acatamiento por parte de los estados resulta un hecho generador de responsabilidad internacional por incumplimiento de obligaciones convencionales -*pacta sunt servanda*-, criterio que ha hecho propio nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en los Casos Espósito (2004) y Simón (2005)[15].

Cabe añadir que las sentencias y resoluciones del órgano jurisdiccional, así como algunos pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se hallan revestidas de valor vinculante, debiendo servir de guía para la interpretación del Pacto por parte de los tribunales argentinos, considerando la trascendente función de hermenéutica evolutiva que la Corte Interamericana desarrolla sobre la antigua normativa de la Convención de 1969.

En este sentido, nuestro Máximo Tribunal Nacional ha sostenido que:

> La ya recordada *jerarquía constitucional* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, *en las condiciones de su vigencia* (art. 75, inc. 22, párr. 2°, esto es, tal como la Convención

[15] CSJN Fallos 327:5668 y 328:2056.

> citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (C.S.J.N. Giroldi Horacio D. y otro s/ tentativa de robo", consid. 11°, 7/4/1995. Fallos 318:514)

Sentadas estas proposiciones preliminares, corresponde ingresar ahora a la interpretación que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre de las garantías judiciales contempladas en el art. 8 del plexo normativo convencional, dentro de las cuales se encuentra el derecho al recurso judicial.

Como antes se expuso, el art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica preceptúa que el inculpado de un delito "tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

El órgano jurisdiccional interamericano ha elaborado una profusa doctrina sobre este dispositivo, sentenciando que el derecho a recurrir un pronunciamiento judicial es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, a fin de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía.

En esa tendencia, puntualizó que con el acceso al recurso se procura proteger el derecho de defensa de las personas, otorgándoles la posibilidad de recurrir durante el pleito para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que puede contener errores que originen un perjuicio indebido a sus intereses[16].

---

[16] CORTE IDH, "HERRERA ULLOA vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C N° 107, párr. 158. Ha señalado también que "La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado (…)".

También señaló, que "si bien los Estados tienen una mayor margen de apreciación para regular el ejercicio de este recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo"[17].

En este orden de ideas, la misma Corte advirtió que la potestad impugnativa no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, sino que, "para que exista una verdadera revisión del fallo, es necesario que el tribunal superior revista las características jurisdiccionales para conocer del caso concreto; considerando a tal fin que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas"[18].

Ahora bien, a efectos de analizar, concretamente, el alcance y extensión de la garantía de la doble instancia, cabe examinar si, tal como surge de los párrafos transcriptos, los pronunciamientos de la Corte Interamericana comprenden sólo a los casos de naturaleza criminal -sobre la base de que el art. 8.2.h. que impone el *derecho a recurrir el fallo* se aplica solamente a los procesos de esencia típicamente penal -persona inculpada de un delito- o, por el contrario, si del articulado del Pacto de San José de Costa Rica puede derivarse la posibilidad de que el doble conforme sea exigible en otros tipos de procesos judiciales diferentes al penal.

Para ello, ha de tenerse presente que una de las características de los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos es su *progresividad*.

Esto implica sostener que:

> En los tratados internacionales de tutela de estos derechos libertades fundamentales se establece un

[17] CORTE IDH, "BARRETO LEIVA vs. Venezuela", Sentencia del 17/11/2009, Serie C N° 206.

[18] CORTE IDH, "CASTILLO PETRUZZI y otros", sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52.

> standard básico o piso de protección que los estados, de conformidad con su normativa interna, pueden aumentar o elevar, pero bajo ningún concepto pueden desconocer, perturbar o perforar, pues comprometerían su responsabilidad internacional (Carillo Salcedo, 2004:24. En igual sentido: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala 2°, "P.S.G.R. s/ Amparo", 12/04/2007).

Como reflejo de esta progresividad se perfila el principio *pro homine* -o cláusula del individuo más favorecido- que establece que cuando se trata de reconocer derechos y garantías protegidos debe acudirse a la norma más simple o a la interpretación más extensiva e, inversamente, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria, debe aplicarse la norma o la interpretación más restringida.

El Pacto de San José de Costa Rica, contempla las *reglas mínimas* que deben observarse en los procesos judiciales a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado o particulares que pueda afectar sus derechos.

Así, el art. 8 que se titula *Garantías judiciales* se integra de cinco incisos, disponiendo el inc. 1:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter..

Luego, el art. 8.2., hace alusión al proceso penal, incluyendo el *derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.*

Obviamente, el interrogante que se plantea tras la lectura integral del dispositivo supranacional es si el acceso a la doble instancia está reservado a los juicios de naturaleza criminal o puede considerarse incluido dentro de las garantías judiciales que alcanza además, a los procesos civiles, laborales, fiscales o de otra índole.

Cabe anticipar que los pronunciamientos interamericanos avalan esta última postura.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la Opinión Consultiva N° 11/90, dio el primer paso para la aplicación extensiva del doble conforme. La misma se originó en una consulta efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de la tesitura que debía adoptarse frente a las personas que se presentaban ante ella y aducían no poder agotar la vía interna del Estado (art. 46 C.A.D.H.) por falta de recursos económicos para ello.

La Corte analizó la cuestión e interpretó que en materia civil, fiscal, laboral o de cualquier otro carácter regía el concepto de debidas garantías y por ende, el individuo tenía derecho también al debido proceso que se aplicaba en materia penal:

> En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. (Opinión Consultiva N° 11/90 del 10/08/1990, Considerando 28. Excepciones al

> agotamiento de los recursos internos, arts. 46.1, 46.2.a y 46.2b. Convención Americana de Derechos Humanos, Serie A N° 11)

Puede advertirse que en dicha consulta el órgano jurisdiccional ingresó al análisis de la noción de debido proceso legal –*due process of law*-, sosteniendo que el concepto de debidas garantías es válido para todo tipo de enjuiciamiento.

Las conclusiones fijadas en la Opinión Consultiva N° 11/90 fueron citadas reiteradamente por la Corte en varios fallos posteriores y con idéntica generalización.

Así, en el Caso de la panel blanca (Paniagua Morales y otros vs. Guatemala) –fallado el 8 de marzo de 1998– reprodujo dicha opinión para sostener que las garantías consagradas en el art. 8.2.h) eran aplicables tanto a los involucrados en causas penales como a las víctimas y sus familias.

En Tribunal Constitucional vs. Perú – del 3 de enero de 2001- se expidió en un caso en que tres magistrados de ese país habían sido destituidos por un juicio político llevado a cabo por el Congreso por haber declarado inválida la ley que habilitaba la reelección del entonces presidente Alberto Fujimori, y habían sido desestimadas las acciones judiciales promovidas contra aquella decisión.

Posteriormente, la Corte a volvió a invocar la Opinión Consultiva N° 11/90 en el caso: Baena, Ricardo y otros vs. Panamá – de 2 de febrero de 2001 – en un reclamo formulado por trabajadores estatales que habían sido cesanteados aplicándoseles retroactivamente una ley que eliminaba su estabilidad laboral.

En los fallos señalados, el Tribunal Supranacional tuvo oportunidad de señalar que:

> El elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2 tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes (Corte IDH, Caso de la panel blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 149; Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 70 y Baena, Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 125)

Esta línea de pensamiento fue posteriormente ratificada mediante la Opinión Consultiva N° 18/03[19] en la cual la Corte reiteró: "que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal" (2003:124).

Por otra parte, con referencia puntual a los procesos en los que intervienen menores de edad, la Corte Interamericana se expidió en la Opinión Consultiva N° 17/02[20], acerca de si el art. 19 de la Convención Americana constituía un límite al arbitrio

---

[19] Opinión requerida por los Estados Unidos Méxicanos. Ap. 124, 17/09/2003, página 123. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Con remisión a lo decidido por el mismo Tribunal en el Caso Ivcher Bronstein, supra nota 46, párr. 103; Caso Baena Ricardo y otros, supra nota 27, párr. 125; y Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 56, párr. 70).

[20] CORTE IDH. Opinión Consultiva N° 17/02 del 28/08/2002 efectuada a requerimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

o discrecionalidad de los estados en relación a los niños, concluyendo que la doble instancia es garantía del debido proceso judicial o administrativo en causas que involucren a un niño en el contexto aprehendido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (C.I.D.N).

Vale mencionar aquí que esta opinión consultiva constituye el antecedente del art. 27 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes (Ley Nacional 26.061), en cuanto garantiza la doble instancia en los procedimientos administrativos o judiciales en los que intervengan menores[21]. Siendo que esta ley es de aplicación en todo el territorio del país (art. 1), y que por su carácter reglamentario de la CIDH establece las garantías mínimas que deben observarse en asuntos que involucren a niños, las leyes de las provincias no pueden contrariarla, debiendo ajustar sus normas adjetivas a lo que allí se disponga.

Como puede apreciarse, las sentencias y opiniones referidas supra revelan el amplio alcance del debido proceso. El individuo tiene derecho al debido proceso entendido en los términos de los arts. 8.1 y 8.2 de la CADH, tanto en materia penal como en todas las demás disciplinas. De allí que puede colegirse que con estos precedentes "se abre un panorama proclive a considerar la doble instancia en cualquier orden jurídico, y no solo en al ámbito penal, como garantía constitucional" (FALCON, Enrique – COLERIO, Juan, 2009, p. 200).

A tenor de lo que surge de los pronunciamientos citados, una interpretación integradora y *pro-homine* de los mismos

---

[21] Art. 27 Ley N° 26.061: "Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:... e) recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que los afecte.."

autoriza a concluir que, todas las garantías mínimas consagradas en el art. 8.2. se aplican también a los procesos extrapenales, incluida la posibilidad de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior (inc. h).

No desconozco que algunas voces postulan una interpretación restrictiva de esta tesis, señalando que en la totalidad de los precedentes referidos, el Tribunal Supranacional no habría aludido en forma literal a la doble instancia sino a las demás garantías judiciales[22].

Sin embargo, no puede soslayarse como antes se indicó, que la Corte Interamericana es la intérprete final de la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 62.3 y 64 del Pacto y art. 1 del Estatuto) y que, tal como lo ha señalado reiteradamente nuestra Corte Suprema de Justicia in re Giroldi (*7/4/1995. Fallos 318:514,)*, Bramajo (nota Bramajo, Hérnan Javier s/ incidente de excarcelación, Fallos 319:1840) entre otros precedentes, la jerarquía constitucional de la CADH ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente "en las condiciones de su vigencia" (art. 75 inc. 22, 2° párr. C.N.), lo cual implica que el Pacto de San José rige en el ámbito internacional conforme a la hermenéutica jurídica desarrollada por los órganos interamericano.

De lo expuesto se desprende que la jurisprudencia interamericana debe servir de guía de interpretación para los tribunales locales toda vez que el Estado Argentino reconoció la competencia del Tribunal Interamericano para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación del Acuerdo de San José.

En consecuencia, le compete a la Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal "aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría

---

[22] SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES, "SALA, Jorge H. c/ BONANNO, Mónica s/ Despido", Expte. L 99.447, 14/09/2011. Voto del Dr. Hitters.

implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional" (CSJN, in re Giroldi. Considerando 12°. Fallos: 318:514).

3. 2. La Doble Instancia en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como antes se expuso (ap. II. 3) desde antiguo, el máximo tribunal nacional ha adoptado una posición restrictiva del doble conforme en los procesos civiles, y en general, en todos aquellos de naturaleza diferente a la criminal. Ello, en el entendimiento que "la doble instancia judicial no es, por si misma, requisito constitucional de la defensa en juicio" (CSJN Fallos 244:301; 318:514; 319:699; 320:2145, entre otros)

Más recientemente, en la causa "Recurso de Hecho deducido por Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina s/ Infracción a la Ley 22.802"[23], la Corte decidió, en voto mayoritario adhesivo al dictamen del Procurador General, que la aplicación de las normas internacionales que consagran la garantía de la doble instancia se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una *persona inculpada de un delito* o *declarada culpable de un delito*, resultando ajenos a su ámbito las sentencias que condenan o absuelven por imputación de faltas, contravenciones o infracciones administrativas[24].

Esta doctrina fue luego reafirmada por la Corte en su actual integración en los autos: "Hojman, Rubén Evar s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Giannella, María Cristina" donde expuso que "el debido proceso legal no se afecta por la falta de doble instancia en materia civil, salvo cuando las leyes específicamente lo establecen" reiterando la antigua jurisprudencia que indicaba que "la aplicación del art. 8°, inc. 2°, ap. h de la Convención

[23] CSJN, Causa N° 38.104" , 27/06/2000, Fallos 323:1787.

[24] Esta doctrina fue luego reiterada por la CSJN en el Caso Butyl, Fallos 325:2711.

Americana sobre Derechos Humanos, que consagra la garantía de la doble instancia, se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona inculpada de delito o declarada culpable de un delito, por lo que dicha garantía no tiene jerarquía constitucional en juicios civiles" (Fallos 329:1180, 11/04/2006)[25].

Sin embargo, el 10 de abril de 2007, al resolver el caso "Marchal, Juan s/ Apelación" el alto tribunal nacional delineó una posición más amplia en cuanto a la exigencia del doble conforme en otras materias[26].

Si bien no se trataba de una causa de naturaleza civil, sino que se examinaba la aplicación del art. 8.2.h) del Pacto respecto a la impugnación de una sanción de clausura impuesta por la entonces Dirección Provincial de Rentas de la Provincia de Buenos Aires, no caben dudas que el voto concurrente de los Dres. Fayt y Zaffaroni logra avanzar sobre la necesidad de analizar la cuestión a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso citado, el organismo fiscal había dispuesto la clausura del establecimiento comercial del contribuyente por el plazo de tres días por considerar consumada una infracción a lo dispuesto en el art. 63 inc. 3 del Código Fiscal. Recurrida la sanción ante el Juez en lo Correccional y Criminal, éste la confirmó. Pese a que el Código Fiscal dispone la inapelabilidad de la sentencia, el contribuyente interpuso recurso de casación penal, alegando la inexistencia de la infracción y denunciando que la imposibilidad de recurrir la decisión del juez correccional violaba su derecho a la doble instancia prevista en el art. 8. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Tribunal de Casación declaró inadmisible el recurso por carecer de competencia para revisar la decisión judicial

---

[25] Voto de los Dres. Carlos S. Fayt, Ricardo Luis LORENZETTI y Carmen M. ARGIBAY. Mayoría: PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, ZAFFARONI. Voto: FAYT, LORENZETTI. ARGIBAY.

[26] CSJN, Fallos 330:1427.

cuestionada. Contra esa decisión el contribuyente interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el que fue desestimado por la Suprema Corte de Justicia por reputarla una cuestión procesal ajena al ámbito de ese recurso.

Interpuesto el remedio federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso extraordinario contra la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, juzgando que este tribunal había incurrido en excesivo rigor formal al desestimar el recurso de inaplicabilidad de ley por el cual se cuestionó la declaración de inadmisibilidad de la casación interpuesta ante la confirmación de la clausura de un comercio.

Para así decidir, valoró que al resolver con estricto apego a las limitaciones establecidas por el ordenamiento adjetivo local, el a –que había omitido examinar y resolver la cuestión constitucional que fue planteada oportunamente en la instancia casatoria, cual era la de determinar si el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -en cuanto consagra el derecho a la doble instancia- era aplicable al supuesto en análisis.

Bajo esas aristas, el máximo tribunal nacional sentenció que la pertinencia de la cuestión debatida debió examinarse conforme lo resuelto por la Corte Interamericana en el Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú en el que señaló que si bien el citado dispositivo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, "el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias, el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal" (CSJN, Fallos 330:1427, Voto Dres. Fayt y Zaffaroni).

Desde esa perspectiva, consideró que el pronunciamiento apelado había incurrido en un excesivo rigor formal que frustró el debido control jurisdiccional del efectivo cumplimiento de

los derechos reconocidos por la Convención, por lo que correspondía su descalificación como acto judicial válido[27].

Quizás sea éste el fallo de nivel nacional más trascendente para el tópico analizado, en el sentido de que existió una clara recepción de la doctrina de la CIDH al considerar que el elenco de garantías mínimas previstos por el art. 8, ap. 2 de la Convención Americana es aplicable a los órdenes definidos en el numeral 1 del mismo artículo.

A la luz de esta doctrina judicial, puede concluirse, sin hesitaciones, que según la doctrina de nuestro Alto Tribunal Nacional, en los procesos civiles, laborales, comerciales, contenciosos administrativos, de familia, etc., los individuos también tienen derecho a una segunda instancia jurisdiccional en la cual un juez o tribunal de superior jerarquía al que dictó el fallo revise en forma amplia el contenido de la sentencia que afecta sus derechos.

4. Posición de la Doctrina y Tribunales Inferiores sobre la aplicación de la Garantía de la Doble Instancia en el Proceso Civil (y en general, en procesos "extrapenales").

4.1. Posición Restrictiva. Para un importante sector de la doctrina - del que participan Podetti, Ibáñez Frocham y Loutayf Ranea, entre otros - la doble instancia no constituye una garantía constitucional en el proceso civil. Por tanto, el legislador puede restringir o limitar las instancias posteriores al

[27] La Suprema Corte de Buenos Aires, al retomar la causa, en sentencia del 25/03/2009 (La Ley, Supl. Derecho Administrativo, 22/06/2009, p. 77) consideró que la doble instancia judicial prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos está condicionada a la existencia de un fallo final dictado contra persona inculpada de delito o declarada culpable de un delito, por lo que resultan ajenas a su ámbito los pronunciamientos judiciales que condenen o absuelvan, con motivo de la imputación de faltas o contravenciones o infracciones administrativas.

primer fallo, en aquellos casos en que lo considere beneficioso para el interés general.

En idéntico sentido se pronuncia Bidart Campos, al señalar que la doble instancia no es requisito constitucional del debido proceso y que el derecho de defensa no depende del número de instancias, sino que queda a criterio del legislador, arbitrar la instancia única o multiplicarla.

Acota el autor:

> Si hay más de una instancia, el derecho a la jurisdicción concede que el justiciable pueda utilizarla a todas, conforme a las reglas procesales de disponibilidad. Cuando existiendo el recurso, el mismo es indebidamente denegado o restringido, la frustración de su empleo resulta lesiva al debido proceso (Bidart Campos, Pluralidad de Instancias y Defensas, ED, 80-658)

Por su parte, Emilio Ibarlucía postula que los arts. 8.2 inc. h) de la CADH y 14.5 del PIDCyP contemplan la garantía de la doble instancia para los imputados en causas penales, y según su opinión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aÚn después de la reforma constitucional mantiene la doctrina tradicional de la que misma no constituye una garantía constitucional para el proceso civil. Sin embargo, añade que la excepción a esta afirmación la constituye los procesos en que se afecten derechos de los niños, ello por aplicación de la Opinión Consultiva N° 17/02 de la Corte IDH[28] y del art. 27 de la Ley N° 26.061.

[28] La Opinión Consultiva N° 17/02 de fecha 28 de agosto de 2002 expresó que "en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural

Kielmanovich se pronuncia a favor de un procedimiento civil de doble instancia, en cuanto ésta permite disminuir el siempre alto margen de error que se constata en la función jurisdiccional y ampliar el material fáctico y probatorio de modo que el Tribunal de Alzada pueda contar con un mayor conocimiento de los hechos que interesan a la litis. Sin embargo, al igual que Ibarlucía, entiende que el doble conforme como garantía constitucional sólo encuentra consagración normativa cuando la Convención sobre los Derechos del Niño resulte aplicable, en tanto ella sienta el principio de que en toda actuación judicial debe velarse por el interés superior del niño (art. 3 inc. 1) en cuyo contexto se encuentra el derecho a que un órgano jerárquicamente superior reviste lo resuelto en contra del menor.

En una posición intermedia se ubica Adolfo A. Rivas, quien sostiene que si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos -a través de los fallos Paniagua Morales, Baena, y la Opinión Consultiva N° 11/90, entre otros- fijó como doctrina la de la aplicación de los principios y estándares del art. 8.2. de la C.A.D.H. en todo tipo de procesos judiciales, no resultaría posible extraer de estos precedentes un principio que rompa totalmente con la estructura del proceso tradicional.

Asimismo, si bien estima razonable extender el derecho a recurrir en las causas civiles, aclara que ello no significa que quepa proclamar de manera general y absoluta la incompatibilidad entre las soluciones vigentes en los sistemas procesales actuales y el derecho consagrado por el Pacto. En tal sentido señala el autor que "habrá que producir una adecuación ponderada y ver en qué casos y por qué razones tendrán que cambiarse algunos aspectos del proceso existente" (Rivas, 2008:5)- vg. en los recursos casacionales, según la opinión del autor– .

– competente, independiente e imparcial -, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo a las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños" (p. 10 de la Conclusión final)

Quizás uno de los criterios más estrictos en cuanto al limitado alcance del doble conforme es el plasmado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el fallo: Sala, Jorge H. C. Bonanno, Mónica B. s/ Despido, dictado el 14 de septiembre de 2011 con primer voto del Dr. Hitters[29].

Se analizaba en el caso, la inconstitucionalidad de los arts. 278 del Código Procesal Civil y Comercial y art. 55° de la Ley 11.593 en cuanto establecen una limitación para recurrir en razón del valor de lo cuestionado en el litigio. Para decidir, la Corte Provincial realiza un análisis histórico y circunstanciado de los precedentes en la materia, de le expresión literal contenida en el art. 8.2 h) de la CADH y del sustrato material que presentaron las causas en la que la Corte Interamericana resolvió la aplicación del derecho a recurrir en causas civiles, laborales, fiscales y de otro carácter, observando que de ninguno de estos antecedentes puede derivarse, en absoluto, que la doble instancia constituya una garantía constitucional para otros procesos diferentes al penal.

Con enfática expresión el magistrado preopinante afirma:

> Soy de la opinión que si bien no cabe hesitación respecto a que en los procesos criminales se aplica sin circunloquios el art. 8.2.h., no debe predicarse lo mismo para los litigios no penales, ya que si bien ese Tribunal ha extendido, a partir de la Opinión Consultiva N° 11/90, las garantías del art. 8 a los juicios de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter, tal "dilatación" de la regla no alcanza a todos los litigios (SCBA, 2011:42).

En esta línea se enmarcan, verbigracia, los fallos dictados por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos: Quiroz, Susana Beatriz c/ Compañía Pulire S.A. y otro s/

[29] SUPREMA CORTE DE BUENOS AIRES, "SALA Jorge H. c/ BONANNO, Mónica B. s/ Despido", fallo del 14/09/2011. Publicado en www.scba.gov.ar.

Despido[30] de fecha 24 de abril de 2013, -*sobre la constitucionalidad del art. 106 de la Ley 18345 que veda el derecho al recurso de apelación en función del monto que se pretenda cuestionar ante la alzada* -; y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, del 20/09/2010 en autos: "Setti Esquivel Fabio c. Turismo Pecom S.A."[31] - *respecto a la limitación recursiva del art. 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* -.

No obstante la visión restrictiva o intermedia de los autores y fallos citados respecto del alcance de la doble instancia, todos coinciden en señalar -en concordancia con el Alto Tribunal Nacional- que si la misma está instituida por el legislador, ella integra la defensa en juicio y la frustración a su acceso configuraría una vulneración a dicha garantía[32]. Es decir que, una vez legislado el *doble conforme* en los códigos procesales locales o federales, ya no sería posible su cercenamiento o limitación para el justiciable.

4.2. Posición Amplia. Dentro de las voces que postulan un reexamen de la doble instancia en cuanto a su aplicación a los procedimientos civiles, fiscales, laborales, etc., puede citarse a Jorge A. Rojas. Este autor, advierte que a tenor de los cambios operados en nuestro derecho interno tras la incorporación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y el impacto que ha tenido en la faz doméstica los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deberá procederse a un nuevo análisis de esta garantía a fin de definir si en la casuística tribunalicia debe primar una

---

[30] CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, "QUIROOZ, Susana Beatriz c/ Compañía Pulire S.A. y otro s/ Despido", 24/04/2013 publicado en www.infojus.gov.ar. Id Infojus: NV5072.

[31] CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, Sala E, SETTI ESQUIVEL Fabio c. Turismo Pecom S.A.", 20/09/2010, con nota de Eduardo Pizarro. LaLey2011-B, 855.

[32] CSJN, "Loza", fallo del 10/12/81, 303:1929.

concepción sistémica de la doble instancia, o bien el nuevo rango otorgado desde los Tratados Internacionales.

Refiere que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del caso Giroldi ha efectuado una variación de la conceptualización del doble conforme en los procesos de naturaleza penal, que de algún modo la eleva a un rango supralegal. Sin embargo, diferente parece ser la perspectiva de solución para los procesos diferentes al criminal.

Ante esta dualidad, Rojas advierte sobre el desafío en que nos encontramos, considerando que los últimos fallos del Máximo Tribunal Nacional en materia *extrapenal* evidencian la postura asumida por éste respecto de la doble instancia, conceptualizándola como un sistema por el que ha optado el legislador y no como un principio constitucional.

Otra opinión autorizada en la temática es la de Mabel de los Santos. En un metódico análisis sobre el debido proceso legal ante los nuevos paradigmas, la autora va desglosando los diferentes aspectos de esta garantía supraconstitucional, observando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció una firme posición acerca de que la doble instancia no se circunscribe exclusivamente a la materia penal, sino que se extiende a materiales civiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter. En este marco, indica que el debido proceso legal debe considerarse estructurado en dos instancias: una decisoria y otra revisora, siendo esta interpretación la que más se compatibiliza con el derecho al recurso que consagra el art. 25 de la CADH. No obstante, advierte que el derecho al recurso admite ciertas limitaciones, dadas por la índole del agravio o el monto involucrado, a fin de conjugar esta garantía con las restantes vinculadas al debido proceso y no afectar, en consecuencia, la tutela efectiva y el derecho a la jurisdicción en un plazo razonable.

Matías Reichman, quien adhiere sin cortapisas a una posición amplia del doble conforme, realiza un minucioso análisis acerca del Recuso Extraordinario Federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación previsto en el art. 14 de la Ley

N° 48, para concluir que, atento su estricto marco cognoscitivo, el mismo no satisface la garantía de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior. Acota que, si bien la Corte Suprema en el Caso Giroldi lo consideró un remedio ineficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia en el proceso penal, aún resta camino por recorrer en la tarea de elaboración de la misma doctrina para el resto de los procedimientos judiciales no penales.

A estas voces se suman las de distintos tribunales inferiores de orden provincial y nacional, quienes han resuelto favorablemente la cuestión de la aplicación extensiva del doble conforme, señalando que deben ser descartadas en su rigurosidad aquellas normas procesales que impiden recurrir ante un órgano superior, siempre y cuando la índole, naturaleza y gravedad del pronunciamiento judicial genere perjuicios irreparables, o se vean afectados derechos de raigambre constitucional como los de igualdad, defensa en juicio, debido proceso legal, etc[33].

En un pronunciamiento algo posterior a la última reforma constitucional, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, en autos: "Drot de Gouville c. Sanz s/ Ejecución de Alquires", del año 1995, se expidió en contra de la limitación recursiva en razón del monto del juicio prevista en el art. 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a fin de posibilitar, sin cortapisas, el derecho al recurso del justiciable.

En tal sentido, el Tribunal Nacional sentenció:

---

[33] CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, Sala Segunda, "P.S.G.R. s/ Amparo", 12/04/2007. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE TUCUMAN, Sentencia N° 816, "Fundación Planeta c/ Transporte 9 de Julio S.A. s/ Amparo", 27/10/2003. CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, sala H, "DROT de GOUVILLE c. SANZ s/ Ejecución de Alquileres", 08/09/1995; Abeledo Perrot Nº 10/7666. CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala G, "TRAVERSO, Mirta c. NANI, José, 05/05/1997, J.A., 2001-III-3, entre otros.

> Cuando la índole, naturaleza y gravedad del pronunciamiento genere un gravamen irreparable, a pesar de lo establecido en el art. 242 del Código Procesal respecto al tope mínimo que debe superarse para acceder a la segunda instancia en relación con el valor económico del pleito, corresponde declarar admisible el recurso de apelación. Ello es así, ya que el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues se trata del desarrollo de un procedimiento destinado al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte y que debe prevalecer sobre cualquier interpretación en contrario, derivada de una rígida aplicación de la ley procesal. De otro modo, la sentencia no sería la aplicación de la ley a los hechos, sino, precisamente, la frustración ritual de la aplicación del derecho (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 8/9/1995).

Idéntico temperamento fue adoptado por la Sala G de la Cámara Nacional Civil en autos: "Traverso, Mirta c. Nani, José" en el año 1997 y por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán en autos: "Fundación Planeta c/ Transporte 9 de Julio S.A. s/ Amparo" en el año 2003.

Un examen pormenorizado de la cuestión puede apreciarse en la Sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 2°, de la ciudad de Mar del Plata, en autos: "P.S.G.R. s/ Amparo" de fecha 12/04/2007, por la cual el Tribunal anula la sentencia del a-quo y ordena el reenvío a Primera Instancia para el dictado de un nuevo fallo, procurando así, no sustituir la jurisdicción del magistrado de la primera instancia a fin de no vulnerar la garantía de la doble instancia.

El voto del Dr. Monterisi, al que adhieren los demás magistrados, asevera:

> Aunque no existiera norma específica doméstica que habilitara la doble instancia, a partir de la reforma constitucional de 1994 y la jerarquización de ciertos tratados internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica, dicha temática ha tomado un nuevo perfil, ampliando las fronteras del derecho al recurso ante el órgano superior para todas aquellas cuestiones que involucren cualquier orden jurídico, no solo en el ámbito penal.

En función de lo expuesto, en virtud de la aplicación de los principios de progresividad y pro-homine, y adoptando una interpretación evolutiva, dinámica y finalista tanto del Pacto de San José como de la jurisprudencia del Tribunal Interamericano, la Cámara marplatense concluye que la garantía del art. 8.2.h) que consagra la doble instancia para el proceso penal, también resulta de aplicación en los juicios civiles.

5. Conclusiones

El propósito inicial de esta investigación ha sido desentrañar el estado actual de evolución de nuestra sociedad argentina en el reconocimiento de la doble instancia como garantía aplicable a todos los órdenes procesales.

Si bien existe una clara predisposición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y diversos Tribunales inferiores en instalar una perspectiva abarcadora y aperturista del derecho al recurso extendiendo su aplicación a todos los procesos judiciales -no sólo al penal- se verifica, por otra parte, cierta reticencia de algunos sectores académicos y tribunalicios que consideran inadecuada o antieconómica su consagración sin cortapisas.

En función de los antecedentes citados en este trabajo y compartiendo los lineamientos expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de la Opinión Consultiva N° 11/90 y de los fallos "Paniagua Morales y otros"; "Tribunal Constitucional" y "Baena", así como por la Corte Suprema Nacional en el Caso Marchal, considero que la doble instancia merece su reconocimiento como garantía constitucional irrenunciable en todos los procesos judiciales.

Es cierto que el exagerado volumen y complejidad de las causas judiciales, principalmente las que se registran en el fuero civil y de familia, exigen, urgentemente, una rápida y eficiente tramitación a fin de garantizar al justiciable el principio de tutela jurisdiccional efectiva. También es verdad que la apertura indiscriminada de la revisión mediante la concesión amplia de los recursos ordinarios podría traer aparejado algún grado de retraso en la resolución final de las causas y consecuentemente, un forzoso compás de espera en la protección de los derechos afectados.

Sin embargo, una readaptación de los sistemas procesales nacionales y provinciales podría albergar la solución a estos problemas. Una clara demostración de ello es la agilidad que presentan los códigos adjetivos que han optado por legislar las apelaciones en relación y con efecto devolutivo para las cuestiones de trámite, reservando el efecto suspensivo y de forma libre para la sentencia definitiva. Verbigracia, en nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de la Pampa, en el cual la *regla* es la concesión del recurso de apelación con efecto devolutivo (art. 238) no se verifica el riesgo de que la tramitación del litigio se demore por el uso de medios impugnativos durante su desarrollo, a diferencia de otros plexos procesales, en los que la regla es la apelación de las resoluciones con efecto suspensivo (ej: art. 243 del CPCC de la Nación).

Por otra parte, la compatibilización del derecho al recurso con el principio de celeridad y economía procesal, exige revisar antiguos patrones que, ante los nuevos paradigmas en materia

de derechos humanos y frente a la dinámica judicial actual, han perdido todo sustento racional.

Así, por ejemplo, se advierte que el principio de igualdad procesal -o de armas- presenta algún menoscabo cuando, ante el mismo escenario, se admite el recurso de apelación para la parte actora y no para la demandada, o viceversa. Ello acontece, verbigracia, cuando, sin fundamentación aparente, se prevé que la resolución sobre la caducidad de instancia es apelable cuando la misma es declarada procedente pero es irrecurrible cuando se desestima (art. 296 del CPCC de la Pampa; art. 317 del CPCC de la Nación; art. 317 del CPCC de Catamarca; art. 317 del CPCC de la Provincia de Buenos Aires, entre otros)[34].

Otros supuestos a revisar lo constituyen las limitaciones recursivas en función de los montos de los litigios; la acotada revisión de las decisiones de los tribunales de instancia única en algunas provincias –laborales y de familia– y la omisión de la doble instancia en algunos procedimientos contemplados en la legislación nacional -como es el caso del art. 53 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 25.156) que prevé un apelación directa ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial o Cámaras Federales del interior del país contra las sanciones de multa que imponga el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia[35]; o el art. 49 de la Ley del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (Ley 24.241), que establece un recurso de apelación ante la Cámara Nacional de la Seguridad Social contra algunas resoluciones de la Comisión

[34] Sobre el particular, puede consultase un trabajo de autoría de Andrés NAVARRO titulado "El debido proceso en crisis. Incompatibilidades intrínsecas en torno al Recurso y la Doble Instancia en Catamarca", Publicado en LLNOA2014 (febrero). Cita online AR/DOC/4350/2013.

[35] Esta norma fue vetada parcialmente por el Poder Ejecutivo por medio del Decreto N° 1019/99, quitándole a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial la competencia para revisar las cuestiones de defensa de la competencia. Luego el P.E. dictó el decreto N° 89/01 y determinó la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Médica Central o bien, en el ámbito de nuestra provincia el art. 68 del Estatuto del Consejo Profesional de Ingeniería y Arquitectura de la Pampa (T.O. 2012) que contempla que contra la sanción disciplinaria aplicada por Tribunal de Ética y Disciplina el matriculado sólo tiene a disposición un recurso de apelación ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de la Pampa-.

Estas situaciones, lejos de asegurar una revisión amplia de lo decidido, establecen como primer control jurisdiccional la intervención de un Tribunal de Alzada limitando, sustancialmente la accesibilidad recursiva.

Por último, la garantía del doble conforme debe ser de interpretación amplia, de modo que pueda obtenerse una revisión de los fallos por un tribunal superior, sin distinción de materias ni naturaleza de la cuestión debatida. En definitiva, los mecanismos de protección de los derechos, sin importar su naturaleza y clase, deben recibir igual tratamiento y operatividad.

No existe razón lógica ni práctica que autorice a brindar una tutela diferenciada para ciertos derechos, asignándoles más alcance a unos -por ejemplo los del inculpado en sede penal- en detrimento de otros derechos –como los que fundan una pretensión en sede civil– siendo que la norma convencional que nos rige -art. 8 del Pacto de San José– de raigambre *supraconstitucional* no realiza distinciones en tal sentido.

Definitivamente, entiendo que resta camino por recorrer. Existen sistemas para adaptar, derechos a tutelar, perspectivas que modificar, y es el Estado quien en cumplimiento de sus funciones esenciales, tiene el deber de reglamentar los lineamientos establecidos por la Constitución, ofreciendo a los justiciables sistemas procesales idóneos para la defensa de sus derechos.

La garantía del debido proceso impone al Estado la obligación de organizar y aplicar su poder jurisdiccional para que los individuos puedan hacerlos efectivos. Uno de los

aspectos de esa garantía es permitir el acceso a la doble instancia en la totalidad de los procesos judiciales existentes.

CURSOS DE AGUA COMPARTIDOS EN EL FEDERALISMO ARGENTINO

María de las Nieves Cenicacelaya • - *Leonardo Fabio Pastorino* •

1. Introducción

Argentina es un Estado federal en el que sus provincias, autónomas y autocéfalas, ejercen un haz de competencias exclusivas y excluyentes, entre las que destacamos, sobre todo a partir de 1994, el dominio de los recursos naturales existentes en su territorio; y dentro de ellos, sus cursos de agua. Cuando éstos nacen y mueren dentro de una provincia, ella tendrá absoluta potestad para su manejo. Pero cuando traspasan los límites provinciales, es necesario que las entidades involucradas acuerden, en pie de igualdad, acerca de la gestión de esos recursos hídricos que comparten procurando un uso equitativo y razonable para todos.

El texto constitucional argentino previó ya en 1853 y lo ratificó en 1994, una herramienta útil para que las provincias lleguen a beneficiosos consensos en múltiples materias, entre las cuales se incluye, el uso y aprovechamiento de sus ríos compartidos: los tratados interprovinciales.

• Abogada, Especialista en Derecho Administrativo, Magister en Derechos Humanos y Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales (UN La Plata) . Profesora de grado y posgrado UN La Plata. Ex profesora UNLPam. Autora de varios libros y numerosos artículos jurídicos. Investigadora SPU

• Abogado, Especialista en Derecho Civil, Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP) y Doctor en Ciencias Políticas (U. Pisa, Italia). Profesor de grado y posgrado UN La Plata. Profesor UNLPam. Autor de varios libros y numerosos artículos jurídicos. Investigador SPU

Sin embargo, cuando esos acuerdos no llegan cuando la cooperación y la cohesión entre hermanas flaquea, más allá del recurso extremo a la competencia dirimente de la Corte Suprema de Justicia a la que se puedan plantear quejas, la Constitución Nacional no previó ni en su origen ni en sus posteriores reformas, soluciones ágiles y efectivas para hacer frente a actitudes reticentes e insolidarias. El caso de la subcuenca del Atuel es un elocuente ejemplo.

2. El sistema federal argentino

Al adoptar el federalismo, la República Argentina ha deslindado a través de la Constitución las competencias que le corresponden a la federación de las que son de sus entidades miembros y, también, aquellas en las que ambos órdenes jurídicos pueden intervenir. En este diseño constitucional, las provincias tienen el dominio de sus cursos de agua pero, cuando ellos son interprovinciales, deben arreglar su uso y aprovechamiento con las demás. Para ello, cuentan con una herramienta que les provee el propio texto supremo: los tratados interprovinciales. En muchos casos, las provincias los han celebrado y han resultado un instrumento idóneo para la gestión de las aguas compartidas. En otras ocasiones, ha sido necesaria la intervención de la Corte Suprema para dirimir conflictos en torno a esta cuestión.

En el presente trabajo describiremos las fortalezas y debilidades que el sistema constitucional argentino, tal como está formulado formalmente, presenta a la hora de encontrar mecanismos eficientes para avanzar hacia un federalismo de cooperación con especial referencia a la gestión de los recursos hídricos interprovinciales.

La C.N. establece el federalismo como forma de Estado para la República Argentina y con ello una división vertical del poder al disponer en su Artículo 1 que “la Nación Argentina

adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal".

En el texto constitucional de 1853/1860 que adecuó el modelo norteamericano de la Constitución de Filadelfia de 1787 a las propias realidades autóctonas, los Estados miembros de la federación son autónomos y autocéfalos, lo que significa que las provincias eligen a sus autoridades (Artículo 122 C.N.) y crean su propio derecho con ciertas limitaciones (Artículos 5 y 123, C.N.) ya que el ordenamiento jurídico del Estado federal es supremo sobre los respectivos ordenamientos jurídicos locales (Artículo 31 C.N.).

Hasta la última reforma constitucional se podía sostener que el federalismo argentino era igualitario, en tanto todos los estados miembros (todas las provincias) eran–son autónomas en el mismo grado y medida-. Sin embargo, ello varió a partir de 1994, cuando se resolvió que la Ciudad de Buenos Aires -mantenga o no su condición de Capital Federal- tendrá un régimen de gobierno autónomo (Artículo 129 C.N.) que la asimila a las provincias, pero sin ser una nueva provincia stricto sensu, sino un ente que goza de "un status constitucional especial" (CSJN, "Gauna", Fallos 320:875) al que no se le aplica la regla del Artículo 121 C.N. por la cual las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno federal, sino que, por el contrario, se encuentra en una situación jurídica inversa a la de las provincias ("Bidegain", 1995:38).

La reforma de 1994 también procuró colocar en mejor situación a las provincias frente a los múltiples factores que fueron desvirtuando, con el paso del tiempo, la idea rectora que animó a los constituyentes del siglo XIX cuando diseñaron el Estado federal argentino. En tal sentido, se les ha reconocido a las provincias en forma expresa: el dominio originario sobre sus recursos naturales, la posibilidad de celebrar convenios internacionales y crear regiones para el desarrollo económico y social (Artículo 124 C.N.); integrar el organismo fiscal federal para el control de la coparticipación federal impositiva

(Artículo 75 inc. 2, párr. 6to. C.N.) y el banco federal (Artículo 75 inc. 6 C.N.); y el poder de policía e imposición sobre los establecimientos de utilidad nacional mientras no se afecte su fin específico (Artículo 75 inc. 30 C.N.), entre otros.

Entre el Estado federal y los Estados miembros se entabla un cúmulo de relaciones de diverso tipo que permiten su convivencia armónica donde cada uno de ellos posee competencias definidas en la propia Constitución federal, según los intereses comunes o locales que defienden (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001: 923).

Esas relaciones son de tres tipos: de supra-subordinación, de coordinación y de inordinación (García-Pelayo, 1984:234). Las primeras afirman la supremacía federal sobre los estados miembros, por lo cual los ordenamientos jurídicos locales no pueden contradecir el orden federal (Artículo 31 CN) el cual, además, les impone ciertas exigencias que deben acatar (Artículos 5 y 123 C.N.).

Las segundas se refieren a los modos de participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal. Por ejemplo, en la composición del Poder Legislativo bicameral, concretamente, a través del Senado (Artículos 44 y 54 C.N.) y en el organismo fiscal federal introducido por la reforma de 1994 (Artículo 75, inc. 2°, párr. 6° C.N.). También cuando las entidades miembro tienen necesaria intervención en la creación de ciertas normas federales, como por ejemplo, la *ley convenio* en materia de coparticipación impositiva (Artículo 75, incs. 2, 3 y 4 CN). O cuando las provincias a través de sus Legislaturas, deben ceder el territorio necesario para que pueda luego el Congreso federal establecer la Capital Federal sobre el mismo (Artículo 3 C.N.).

En tanto, las terceras suponen la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados miembros, que, en el caso de la Constitución Argentina, consistió (en razón de provenir de una Confederación) en enumerar expresamente las materias propias del estado federal, quedando

reservadas todas las restantes a los estados miembros (ex Artículo 104, actual 121C.N.).

A su vez, la coordinación se manifiesta en cuatro tipos de materias: las exclusivas del Estado federal, las exclusivas de los Estados miembros, las concurrentes y las prohibidas -a uno, a los otros o a ambos-. En relación a las últimas, se les prohíbe a las provincias celebrar tratados parciales de carácter político (Artículo 126 C.N.).

Como dijimos, las facultades exclusivas del gobierno federal son sólo las que le están expresamente conferidas en la Constitución y enumeradas expresamente en ella, por ejemplo, el dictado de los códigos de fondo (Artículo 75 inc. 12 C.N.), la reglamentación de la navegación de los ríos interiores (Artículo 75 inc. 10 C.N.) o dirimir los conflictos que se susciten entre las provincias (Artículo 127 C.N.). En tanto que las facultades exclusivas de los gobiernos locales son todas aquellas que no fueron otorgadas a través de la Constitución al gobierno federal, esto es, las no delegadas y las que expresamente se hubieran reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación (Artículo 121 C.N.). De este modo, el gobierno de las provincias es la regla y el federal, la excepción. Así, por ejemplo, las provincias pueden explorar sus ríos –intraprovinciales- (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001:1038) y celebrar tratados con otras provincias (Artículo 125 C.N.).

Por su parte, las materias comunes o concurrentes son las susceptibles de ser reguladas tanto por el Estado federal como por los Estados miembros, admitiéndose tres modalidades.

En la concurrencia propiamente dicha encontramos materias que corresponden tanto a las provincias como al Estado federal, pudiendo ser ejercidas por unas u otro, o en simultáneo en tanto no haya contradicción o superposición entre ambas regulaciones, de modo tal que se interfieran, en cuyo caso, la facultad de la provincia cede en favor de la federal. Son ejemplos de ella lo relativo a los impuestos

internos indirectos (Artículo 75, inc. 2, párr. 1º C.N.), a los pueblos originarios (Artículo 75, inc. 17, párr. 2° in fine C.N.); y al desarrollo, progreso y bienestar (Artículo 75, incs. 18 y 19, párr. 1º, y Artículo 125, párr. 1º C.N.).

En la concurrencia supletoria las provincias sólo pueden legislar en el caso de que el Estado federal no haya hecho uso de sus competencias exclusivas, y una vez que el Estado federal lo haya hecho, las provincias ya no podrán hacerlo cesando la vigencia de lo hecho en el pasado. El único supuesto es el caso de los códigos de fondo mientras no sean sancionados por el Congreso (Artículo 126 C.N.).

La concurrencia complementaria es una novedad introducida por la reforma de 1994 que supone materias cuya legislación básica le corresponde al Estado federal y su legislación complementaria a las provincias, las que, obviamente no podrán contradecir el marco federal dado por la ley de base dictada por el Congreso de la Nación. Está prevista de modo expreso en materia ambiental (Artículo 41, párr. 3º C.N.) y educacional (Artículo 75, inc. 19, párr. 3º C.N.), aunque el legislativo nacional podría extenderla a otras materias concurrentes.

3. Ríos interprovinciales

El dominio de los ríos, sean ellos navegables o no navegables, estén situados dentro de una provincia en la totalidad de su curso, transiten por más de una provincia o sirvan de límite entre provincias, en todos los casos, es provincial. A pesar que la Constitución histórica no tenía norma expresa al respecto, esto nunca debió ser puesto en duda en razón de que las provincias son preexistentes a la federación y que ellas delegaron al Estado federal al momento de la organización nacional ciertas competencias (entre las que, claramente, no se encuentra el dominio sobre sus cursos de agua) conservando todas las restantes como surge del actual

Artículo 121 C.N.. Así lo declaró hace un siglo el máximo tribunal de justicia del país[1].

Este criterio que, en principio era indubitablemente aplicable a las provincias originarias, también debió extenderse luego a las nuevas provincias, ya que, tal como también lo sostuvo nuestro cimero órgano judicial en 1937[2] siguiendo a su par norteamericana y su doctrina del *equal footing*[3] ellas son iguales en derechos a sus hermanas históricas, doctrina que reiteró varias décadas después ante la demanda de un ex territorio nacional, devenido en provincia contra una provincia originaria[4].

Por su parte, ya en 1869, el Código Civil había dispuesto en sus Artículos 2339 y 2340 inc. 3 que las aguas dentro de cada provincia pertenecen a su dominio público, inalienable e imprescriptible.

A partir de la reforma de 1994, cualquier eventual duda al respecto ha sido disipada al establecer, como anticipamos, el nuevo Artículo 124 C.N., categóricamente, que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, entre los que, obviamente, se incluyen los recursos hídricos.

Por el contrario, como ya dijimos, entre las facultades exclusivas del gobierno federal que le fueron conferidas por las provincias y que, debido a ello, se encuentran expresamente consagradas en la Constitución Nacional, se halla la reglamentación -en cuanto a la navegación- de los ríos interprovinciales (Artículo 75 inc. 10 C.N.). Pero en todo lo

---

[1] CSJN, "Gobierno Nacional y Sociedad del Puerto de Rosario c/ Provincia de Santa Fe", Fallos 111:179.

[2] CSJN, "BRESSANI, Carlos c/ Provincia de Mendoza", Fallos 178:9.

[3] CORTE SUPREMA EE.UU , *POLLARD'S LESSEE v. HAGAN* - 44 U.S. 212 - 1845-.

[4] CSJN, "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos", Fallos 310:2478.

demás, son las provincias quienes pueden decidir exclusivamente sobre la utilización y aprovechamiento de esos ríos, sean navegables o no. Huelga decir que la Nación carece en absoluto de competencias en relación a los ríos enteramente provinciales (cursos que nacen y mueren dentro de una provincia) y a los ríos interprovinciales no navegables. Por ello las provincias dictan sus códigos de aguas regulando sus usos y, por ende, el otorgamiento de permisos y concesiones, la autorización de obras públicas, o su realización por sí mismas, entre otros ejemplos.

Parece fácil advertir que la utilización de las aguas de ríos no navegables que atraviesan o limitan varias provincias puede derivar en conflictos difíciles de resolver en un Estado federal como el argentino, cuya Constitución no contiene normativa expresa al respecto.

Esas contiendas podrían suscitarse porque, por ejemplo, la provincia situada aguas arriba hiciera un uso desmedido del recurso hídrico, llegando a despojar, incluso, a la provincia aguas abajo de la posibilidad de uso alguno; o porque el curso fuese contaminado en la provincia aguas arriba y ello provocara luego daños en la provincia aguas abajo. (Marienhoff, 1983:795)

En cualquier caso, son las propias provincias las que deben tomar las medidas necesarias en pos de un uso racional y razonable de estas aguas compartidas propendiendo a una obligada pero también conveniente cooperación y solidaridad interprovincial. Un instrumento eficaz que provee la Constitución Nacional para lograr estos objetivos son los tratados interprovinciales de los que nos ocuparemos a continuación. Esos tratados permitirían evitar conflictos entre entidades autónomas en el ejercicio de competencias propias; en el caso, el aprovechamiento de los cursos de aguas que comparten. Es, además, la solución que más frecuentemente se encuentra en el derecho comparado en otros estados federales y también en el Derecho Internacional, para el caso de los ríos transfronterizos, cuyas pautas pueden ser aplicadas

analógicamente a las entidades miembros de un Estado federal. (Barberis 1984:65)

Pero si, de todas formas, el conflicto se produjese, una autoridad imparcial debería resolverlo. Los órganos políticos del Estado federal tendrían, en principio, vedada cualquier intervención al respecto. Sólo la Corte Suprema, en virtud de lo establecido, como ya adelantamos, por el actual Artículo 127 CN, podría dirimirlo.

En efecto, la Constitución previó en la segunda parte de esta norma la llamada jurisdicción *dirimente* como supuesto especial de competencia originaria y exclusiva del máximo tribunal federal contemplada en el Artículo 117 CN. Creada en 1853 en sustitución de las tan habituales por aquellos tiempos guerras entre provincias que terminantemente veda el propio Artículo 127 CN en su primer tramo, se la denomina *dirimente* puesto que en este caso la Corte actúa más como árbitro que como juez. Como un árbitro federal al dirimir conflictos interprovinciales que, de otra forma, deberían considerarse como políticos[5] no siendo necesario que exista una contienda entre las provincias regulada por el derecho sino que basta que haya "quejas" de una contra otra o recíprocos reclamos. Estas *quejas* interprovinciales si bien deben deducirse en forma de demanda judicial y con los requisitos de ésta[6], no precisan que se funden en el derecho común, teniendo el Tribunal, en palabras del Procurador General de la Nación, "amplias facultades para determinar el derecho aplicable" que, en principio, será el Derecho Constitucional nacional o comparado –si fuese pertinente- y eventualmente, el Derecho Internacional[7].

---

[5] QUIROGA LAVIÉ, Benedetti y Cenicacelaya, 2001:1260

[6] CSJN, "Gobernador de la Provincia de Mendoza c/ Provincia de San Juan", Fallos 165:83.

[7] CSJN, "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos", Fallos 310:2478.

La solución que aporta el actual Artículo 127 CN -también de raíz norteamericana- y que mereció en su momento los elogios tanto de Alexander Hamilton como de Joseph Story en relación a la Constitución de Philadelphia, ha sido por décadas un eficaz instrumento para resolver en los Estados Unidos uno de los conflictos inter estaduales más frecuentes: la utilización de sus aguas compartidas[8].

Entonces, las provincias argentinas que tuviesen divergencias en el uso de estas aguas, podrían acudir a la Corte Suprema para que ésta delimitara sus respectivos derechos si ello no hubiese sido objeto de un acuerdo interprovincial; siendo también posible, según algún autor nacional que, en virtud de la denominada cláusula del progreso (Artículo 75 inc. 18 C.N.) el Congreso de la Nación pudiese regular el uso y aprovechamiento de los cursos de aguas que las provincias comparten para salvar el desacuerdo entre ellas. (Quiroga Lavié, 1989:1241)

En similar sentido, la efímera Constitución de 1949 estableció que le correspondía al Congreso Nacional "establecer el régimen de las aguas de los ríos interprovinciales y sus afluentes" (Artículo 68 inc. 14 in fine) y al Poder Ejecutivo "ejercer la policía" de los mismos (Artículo 83 inc. 2).

Al contrario de lo ocurrido en los Estados Unidos, en nuestro país, y no obstante que más del 90% de las aguas –excluyendo obviamente las marítimas- que discurren por el territorio nacional son interprovinciales (Cano, 1976:494) hasta el momento sólo dos pleitos han sido dirimidos por el máximo tribunal federal: el ya apuntado entre las provincias de La Pampa y Mendoza sobre el que luego volveremos, y otro resuelto en el año 2000 que intentaba precautoriamente evitar daños mientras se resolvía la cuestión principal en torno a la

[8] CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Connecticut v. Massachusetts* - 282 U.S. 660 -1931- y New Jersey v. New York - 283 U.S. 336 -1931-.

modificación del escurrimiento natural de aguas interprovinciales, concretamente, de la Laguna La Picasa[9].

4. Tratados interprovinciales

Como adelantamos, las provincias pueden celebrar tratados parciales -con otras provincias- "para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común con conocimiento del Congreso Federal" (Artículo 125 CN) mientras que tienen vedado celebrar "tratados parciales de carácter político" (Artículo 126 CN). Se trata, en definitiva, de instrumentos que permiten implementar en diferentes materias una acción coordinada entre los diferentes gobiernos locales, en pos de un federalismo cooperativo; y del que también puede ser parte el gobierno federal (Bidegain, 1995:38 y Zuccherino, 1991:309). Y a pesar de una muy poco clara previsión en relación a la Ciudad de Buenos Aires, sin duda que también ostenta desde 1994 esta facultad, atento la evidencia que ella ha de necesitar en múltiples cuestiones de la concertación con el conurbano bonaerense (Bidart Campos, 1998:455).

También, como ya apuntamos, pueden "crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines", para lo cual, evidentemente, están habilitadas a firmar tratados en esta materia específica.

Por su parte, el conocimiento del Congreso exigido por la Constitución (y que se reitera en el Artículo 124 CN para los acuerdos internacionales que desde 1994 autoriza expresamente el texto supremo -siempre que no sean incompatibles con la política exterior nacional y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de

[9] CSJN, "Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo - derivación de aguas-", Fallos 323:1877

la Nación- y en materia de regionalización) no implica el consentimiento (exigido por el Artículo I, Sec. 10.3 de la Constitución de los Estados Unidos) ni la aprobación, que preveía el Artículo 104 del Anteproyecto constitucional de Alberdi. Apartándose de dos de sus fuentes más directas, en la Constitución Argentina, esa participación federal no es constitutiva (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001:1050); y aunque no se excluye su debate parlamentario y un pronunciamiento consecuente, no es admisible su desaprobación (Frías, 1980:103 y Castorina de Tarquini, 1990:228) sino, eventualmente, la adopción de otros remedios judiciales y/o políticos (Bidegain, 1995:109) en virtud de la subordinación jurídica en que se encuentran las provincias a fin de asegurar la supremacía federal (Artículo 31 C.N.).

Hasta hace tres décadas, la mayor parte de los textos constitucionales locales carecían de normas o éstas eran muy escasas en relación a la celebración de estos tratados intrafederales, los cuales tienen una mecánica semejante a la de los tratados internacionales: negociación, firma, aprobación y ratificación. Por ello es que puede aplicarse supletoriamente el Derecho Internacional para el caso de no existir normas expresas que regulen estos convenios entre entidades miembros de un Estado federal (Triepel, 1923:98). Así, a la hora de interpretar un tratado interprovincial, primero habría que tener en cuenta lo normado por el propio tratado, luego las normas federales y, finalmente, el derecho internacional (Castorina de Tarquini 1990:231).

Actualmente, todas las constituciones provinciales determinan los órganos locales habilitados para celebrar estos tratados, acuerdos o convenios, correspondiéndole al gobernador la firma de los mismos (Buenos Aires, Artículo 144 inc. 10; Catamarca, Artículo 149 inc. 15; Chaco, Artículo 141 inc. 10; Chubut, Artículo 155 inc. 7; Córdoba, Artículo 144 inc. 4; Corrientes, Artículo 162 inc. 7; Entre Ríos, Artículo 175 inc. 6; Formosa, Artículo 142 inc. 1; Jujuy, Artículos 3 inc. 2 y 123 inc. 34; La Pampa, Artículo 81 inc. 1; La Rioja, Artículo 102 inc. 12; Mendoza, Artículo 128; Neuquén, Artículo 214; Río Negro,

Artículo 181 incs. 13 y 14; Santa Fe, Artículo 72 inc. 12; Salta, Artículo 127; San Juan, Artículo 189 inc. 9; San Luis, Artículo 168 inc. 15; Santa Cruz, Artículo 119 inc. 4; Santiago del Estero, Artículo 160 inc. 6; Tierra del Fuego, Artículo 135 inc. 1; y Tucumán, Artículo 67 inc. 24). En tanto, es la Legislatura la encargada de su aprobación o rechazo (Buenos Aires, Artículo 103 inc. 9; Catamarca, Artículo 110 inc. 11; Chaco, Artículo 119 inc. 7; Chubut, Artículo 135 inc. 1; Córdoba, Artículo 104 inc. 2; Corrientes, Artículo 118 inc. 1; Entre Ríos, Artículo 122 inc. 1; Formosa, Artículo 120 inc. 1; Jujuy, Artículo 137 inc. 7; La Pampa, Artículo 68 inc. 2; La Rioja, Artículo 102 inc. 12; Mendoza, Artículo 99; Misiones, Artículo 101 inc. 1; Neuquén, Artículo 189; Río Negro, Artículo 181 inc. 13; Salta, Artículo 144; San Juan, Artículo 150 inc. 2; San Luis, Artículo 144 inc. 2; Santa Cruz, Artículo 104 inc. 1; Santa Fe, Artículo 72 inc. 12; Santiago del Estero, Artículo 135 inc. 1; Tierra del Fuego, Artículo 105 inc. 7; y Tucumán, Artículo 67 inc. 24). Lo mismo ocurre con la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, según la cual la legislatura porteña aprueba o rechaza (Artículo 80 inc. 8) los tratados, convenios y acuerdos interjurisdiccionales concluidos y firmados por el jefe de gobierno local (Artículo 104 inc. 2).

Más de la mitad de estos textos indican, además, quién debe comunicar el acuerdo al Congreso Nacional para que ejerza su potestad de control, quien, en todos los casos, es el gobernador de la provincia: Buenos Aires, Artículo 144 inc. 10; Catamarca, Artículo 149 inc. 15; Córdoba, Artículo 144 inc. 4; Corrientes, Artículo 162 inc. 7; Entre Ríos, Artículo 175 inc. 6; Formosa, Artículo 142 inc. 1; Jujuy, Artículo 137 inc. 7; La Pampa, Artículo 81 inc. 1; Mendoza, Artículo 128; San Luis, Artículo 168 inc. 15; Santa Fe, Artículo 72 inc. 12; y Tierra del Fuego, Artículo 135 inc. 1. A ese fin se creó en 1973 en el Senado de la Nación, el Registro de Tratados Interprovinciales (Sagüés, 1997:25).

Las expresiones “trabajos de utilidad común” e “intereses económicos” que contiene el Artículo 125 CN son lo suficientemente amplias como para abarcar numerosas

materias (Sagüés, 1997:24). En este sentido, algunas provincias optan por repetir la fórmula federal (Buenos Aires, Artículo 144 inc. 10; Entre Ríos, Artículo 175 inc. 6; La Pampa, Artículo 81 inc. 1; Neuquén, Artículo 214; Santiago del Estero, Artículo 136 inc. 1) mientras que otras las especifican o incluso añaden nuevas, por ejemplo: impositiva, producción, explotación de recursos naturales, servicios y obras públicas, y de preservación ambiental (Chaco, Artículo 53); cultural, educacional, económica, de administración de justicia e integración regional (Formosa, Artículo 142 inc. 1; San Juan, Artículo 189 inc. 9; San Luis, Artículo 168 inc. 15; Santa Cruz, Artículo 104 inc. 1).

Junto con la Constitución provincial, estos tratados interprovinciales son reconocidos como "ley suprema" en Córdoba (Artículo 161) y en Tierra del Fuego (Artículo 153); y no pueden ser sometidos a referéndum según la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (Artículo 65), habilitándose la acción de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos en ellos (Artículo 14).

Estos convenios interjurisdiccionales internos, que son una categoría singular ya que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes (Zorraquín Becú, 1958) son el instrumento idóneo para realizar la denominada concertación federal, como técnica de gobierno interestatal consistente en acordar la programación, toma de decisión, ejecución o control de acciones, medidas, política o programas entre las provincias (todas o algunas) y el Estado federal.

Hace ya varias décadas que Pedro J. Frías advertía "el federalismo no es ya estático, puramente normativo, sino contractual: se acuerda entre la Nación y las Provincias, o las provincias entre sí". Ese federalismo de "negociación" (Frías, 1994) o de "concertación" (Frías, 1998) que se opone al de "concentración" también la Corte lo ha reivindicado para, en

un país como el nuestro, perseguir el objetivo de la prosperidad[10]).

Por su parte, varias constituciones provinciales expresamente establecen que les corresponde a los poderes públicos locales promover dicho "federalismo de concertación" a través de tratados y convenios interjurisdiccionales (Río Negro, Preámbulo; Salta, Artículo 3; Santiago del Estero, Preámbulo) para facilitar el desarrollo armónico de las Provincias y la Nación (Catamarca, Artículo 6) y con la finalidad de satisfacer intereses comunes y participar en organismos de consulta y decisión (Córdoba, Artículo 16 inc. 2; Neuquén, Artículo 8; Tierra del Fuego, Artículo 5).

A su turno, fue la corte norteamericana quien, hace más de siete décadas y en relación a una reiterada disputa por el aprovechamiento del río Arkansas[11] destacó a los tratados inter estaduales como el medio más adecuado para resolver, mediante la negociación y el acuerdo, las controversias que en esta materia enfrentan a los estados.

En Argentina, en tanto, se han celebrado varios de estos acuerdos interprovinciales para conformar organizaciones interjurisdiccionales de cuenca -entendida como una unidad constituida por todas las aguas superficiales y subterráneas que fluyen hacia una desembocadura común- en pos de consensuar la distribución, el manejo coordinado y la protección de las aguas compartidas. En efecto, como resultado de dichos acuerdos –en los que también, en ocasiones, ha participado la Nación- caben mencionarse: el Comité Interjurisdiccional del Río Pilcomayo (Salta y Formosa); el Comité Regional del Río Bermejo (Jujuy, Salta, Formosa y Chaco); el Comité de la Cuenca del Río Juramento Salado (Salta, Catamarca, Tucumán, Santiago del Estero y Santa Fe); el Comité de la Cuenca del Río Salí Dulce (Catamarca, Salta, Santiago del Estero, Tucumán y

---

[10] CSJN, Caso AGUERA, Fallos 322:1781.

[11] CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Colorado v. Kansas* - 320 U.S. 383 -1943-.

Córdoba); el Comité de la Región Hídrica Bajos Submeridionales (Chaco y Santa Fe); el Comité Interjurisdiccional de la Región Hídrica del Noroeste de la Llanura Pampeana (Buenos Aires, La Pampa, San Luis, Córdoba y Santa Fe); el Comité de Cuenca de la Laguna La Picasa (Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe); el Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (Buenos Aires, La Pampa, Neuquén, Mendoza y Río Negro); la Autoridad Interjurisdiccional de la Cuenca de los Ríos Neuquén, Limay y Negro (Buenos Aires, Río Negro y Neuquén); el Comité de Cuenca del Río Senguerr (Chubut y Santa Cruz); la Autoridad de Cuenca del Río Azul (Río Negro y Chubut); el Comité Interjurisdiccional de la Cuenca del Río Chubut (Río Negro y Chubut); y la Autoridad de Cuenca del Río Matanza Riachuelo (Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires).

5. El caso de la sub cuenca del Atuel

La subcuenca del Río Atuel integra el sistema hídrico del Desaguadero Salado, el de mayor dimensión de Argentina, que se extiende desde Catamarca hasta La Pampa, denominándose sucesivamente, de norte a sur, Vinchina – Bermejo – Desaguadero – Salado - Chadileuvú – Curacó y recibiendo los aportes de varias sub cuencas, como las de los ríos Jáchal, San Juan, Mendoza, Tunuyán, Diamante y Atuel.

El Atuel nace en la Cordillera de los Andes, en la Provincia de Mendoza, a la que atraviesa antes de ingresar a La Pampa por su noroeste. Ya a comienzos del siglo XIX el río vio reducido sensiblemente su caudal en territorio pampeano como consecuencia de diversas obras realizadas aguas arriba en Mendoza. La situación empeoró aún más cuando en 1948 se inauguró la primera represa del sistema Nihuiles, obra financiada por el Estado federal en el sur mendocino en momentos en que La Pampa era un territorio nacional sujeto a su jurisdicción, en virtud de lo normado por el entonces

Artículo 67 inc. 14 CN (actual Artículo 75 inc. 15 CN). Mientras varios miles de kilómetros cuadrados de la sub cuenca en territorio pampeano se convertían en un sitio de condiciones insostenibles para la subsistencia (Álvarez Bustos, 1984: 41) Mendoza negaba la interprovincialidad de este río no navegable en abierta contradicción a lo sostenido por los más calificados expertos que advertían que si en determinadas épocas el Atuel no escurría agua en La Pampa no era a consecuencia de su régimen sino del uso abusivo en que incurría el estado aguas arriba. Esa calidad de río interprovincial terminó siendo reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su sentencia del 3 de diciembre de 1987 cuando dirimió una *queja* planteada en forma de demanda por la Provincia de La Pampa contra la de Mendoza, la primera en la historia del Tribunal como el mismo juez Carlos Fayt dijo en su voto disidente[12], a través del cual también aclara que dirimir no es juzgar, por lo que ha de entenderse que el actual Artículo 127 CN creó esta peculiar competencia de la Corte para "ajustar, fenecer, componer" controversias entre provincias convirtiendo al tribunal en órgano de conciliación.

No obstante, el fallo le reconoce a la Provincia de Mendoza el derecho a mantener los usos consuntivos efectivos y actuales (que La Pampa desde el inicio se comprometió a respetar) aunque sin excluir el derecho de la Provincia de La Pampa a participar en los usos futuros de este curso de agua interprovincial. Y en relación, precisamente, a esos usos futuros, la mayoría exhorta a las partes a negociar de buena fe y con espíritu de buena vecindad con miras a lograr un acuerdo que regule una participación razonable y equitativa para ambas partes, del mismo modo que lo ha hecho en situaciones análogas la Corte de los Estados Unidos[13].

---

[12] CSJN, "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos", Fallos 310:2478).

[13] CORTE SUPREMA EE.UU., *New Jersey v. New York* - 283 U.S. 336 -1931.

Al respecto, es necesario aclarar que una utilización equitativa y razonable no es susceptible de una definición conceptual absoluta ni supone necesariamente una división igualitaria –matemática- de las aguas, sino que cada estado tiene derecho a compartirlas actuando siempre de buena fe y con sentido cooperativo (Los Arcos Vidaurreta, 1994: 11) considerando una serie de circunstancias propias de cada caso como, por ejemplo, el ámbito natural de la cuenca, su geografía, el clima, las necesidades económicas y sociales de los estados, la medida en que la economía depende del recurso natural, los asentamientos poblacionales concentrados en la región, los usufructuarios del agua y la utilización preexistente, tal como se establece en las Reglas de Helsinski, adoptadas en 1966 por la 52ª Conferencia de la International Law Association.

Después de la sentencia, y como consecuencia de la misma, el 7 de noviembre de 1989 los gobernadores de ambas provincias suscribieron el Protocolo de Entendimiento Interprovincial con el objeto de concretar acciones tendientes a lograr una futura oferta hídrica más abundante en el río a efectos de satisfacer nuevas áreas de riego, aspectos ambientales y también poblacionales; y el 14 de diciembre del mismo año se constituyó la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI) prevista en el anterior, como ámbito de coordinación de tales acciones. Sin embargo, como no han sido ratificados legislativamente, carecen de vigencia jurídica resultando una mera acción de coordinación interadministrativa y no un tratado interprovincial *strictu sensu.* (Pinto, 2014:309)

El 7 de febrero de 1992 se celebró un convenio de cooperación, ratificado por la Ley 5.825 de Mendoza y la Ley 1.376 de La Pampa por el cual las mencionadas provincias se comprometieron a ejecutar las acciones destinadas a lograr en dicho río una oferta hídrica más abundante que permitiese la creación de nuevas áreas bajo riego y a permitir el restablecimiento del sistema ecológico fluvial en el curso inferior del Atuel. Otro convenio más fue suscripto el 7 de agosto de 2008 a través del cual se acordó, junto al Estado

Nacional, financiamiento conjunto de obras para producir un ahorro de agua que permita usos futuros en ambas provincias.

En 2009 la Corte Suprema desestimó el pedido de tres organizaciones ambientalistas pampeanas (Fundación Chalideuvú, Movimiento Popular Pampeano para la Defensa de Nuestros Recursos Hídricos y Ecosistemas (FUNCHAD) y la Asociación Civil Alihuen) que solicitaron ser admitidas en el proceso como terceros principales o excluyentes o, subsidiariamente, como terceros litisconsortes y autónomos, pidiendo la reconducción del proceso dirimente fallado en 1987, hacia una acción de recomposición del daño ambiental en virtud de lo normado por los nuevos Artículos 41 y 43 C.N. -resultado de la reforma constitucional de 1994- planteada como un contenido propio del uso equitativo y razonable que debe hacerse de la cuenca, tal como había exhortado acordar el supremo tribunal en su momento[14]. En el caso, el tribunal entendió que la petición excedía el *thema decidendum* que las partes establecieron en la causa originaria, cuyo objeto se agotó con su sentencia de entonces.

Mientras que en la Cámara de Diputados de La Pampa el acuerdo de 2008 se aprobó expeditamente y por unanimidad el 18 de diciembre de ese mismo año, en Mendoza, después de reiteradas e injustificadas reticencias, en abril de 2014, con diferencia de una semana, ambas cámaras de la Legislatura local rechazaron dicho acuerdo no obstante que en comisión los legisladores habían advertido sobre la necesidad "de diálogo y acercamiento con sus pares" de La Pampa y de evaluar con ellos "eventuales caminos frente a diversas realidades cíclicas en el escurrimiento del río Atuel". Durante el debate parlamentario también se cuestionó la presentación de una nueva demanda judicial en relación a la utilización del río, cuestión que para los mendocinos es "cosa juzgada y por lo tanto no es reversible en ninguna instancia judicial"[15].

---

[14] CSJN, "La Pampa c/ Mendoza", Fallos 332:582.

[15] Diario La Arena, Santa Rosa, 10 de abril de 2014.

En realidad, dicha demanda fue iniciada por un abogado santarroseño, Miguel Palazzani, en su condición de afectado y vecino, que presentó una acción de amparo pretendiendo detener el daño que Mendoza estaría generando a los habitantes de La Pampa al impedir el uso de las aguas del Río Atuel inferior. En este sentido, solicitó que se ordenase a la provincia cuyana la cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo, y se adoptase en un plazo razonable las medidas necesarias que "garanticen el uso razonable y equitativo de las aguas del Río Atuel Inferior respecto de los habitantes de la Provincia de La Pampa"; y también el dictado de una medida cautelar para que Mendoza adopte "de forma urgente las medidas adecuadas a fin de garantizar el mínimo caudal fluvio ecológico" respecto de dicho río en el ámbito pampeano.

En febrero de 2014, la Corte Suprema declaró que dicha causa corresponde a su competencia originaria; corrió traslado de la demanda interpuesta contra la Provincia de Mendoza, que se sustanciará por la vía del proceso ordinario; citó al Estado Nacional y a la Provincia de La Pampa para que comparezcan a tornar en la causa la intervención que pudiere corresponderles; y denegó, por prematura, la consideración de la medida cautelar solicitada. También requirió a la Provincia de Mendoza que le informe sobre varios aspectos en relación a obras planificadas y sobre la suerte del convenio de 2008; a la Provincia de La Pampa que le informe si puede efectuar inversiones en territorio mendocino, a todos los efectos del convenio referido; y al Estado Nacional que le informe si se ha otorgado asistencia financiera a las provincias de Mendoza y La Pampa para la ejecución de las obras previstas en dicho convenio, y si se ha constituido la Unidad de Coordinación Técnica del Río Atuel[16]. Como ya apuntamos, días después, el convenio de 2008 que nunca llegó a tener vigencia, sería rechazado por la legislatura mendocina.

---

[16] CSJN "PALAZZANI, Miguel Ángel el Mendoza, Provincia de y otro s/ amparo ambiental", 4 de febrero de 2014.

Ante este nuevo fracaso, el 16 de mayo se presenta una nueva demanda ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, firmada por el gobernador pampeano, que apunta, fundamentalmente, al incumplimiento por parte de la Provincia de Mendoza del fallo de 1987 y de los acuerdos que se firmaron a posteriori. El texto del escrito que suma unas 400 páginas -con más de diez mil fojas de pruebas anexas- plantea la ausencia de "buena fe" por parte de Mendoza en las relaciones interprovinciales y su comportamiento poco solidario hacia otro estado de la federación; exige obras para que haya una recuperación rápida y sostenida del río en territorio pampeano y del entorno ecológico y social al que da vida; y pide compensaciones económicas por el daño. En relación a la obligación de reparar y recomponer los daños causados, La Pampa entiende que no podrá ser ajeno el Estado Nacional, pues aunque no lo incluyó como demandado, sí lo involucró como "tercero obligado", entre otros motivos, por su responsabilidad histórica en la negligente administración del complejo Los Nihuiles.

También se solicitó la conformación de una comisión mixta entre las dos provincias y el Estado Nacional para que estudie, analice y ejecute todas las obras hidráulicas que sean necesarias a fin de restablecer un uso razonable por parte de La Pampa y de manera permanente de las aguas del río Atuel, superando la falta de resultados concretos que produjo en su momento la CIAI[17].

Por su parte, el abogado Miguel Ángel Palazzani ha anticipado que solicitará a la Corte Suprema que realice audiencias públicas, en las que puedan participar Mendoza, La Pampa, ONG´s, universidades, a fin de desenmascarar "los débiles argumentos mendocinos"[18].

---

[17] Extraído el 18 de mayo de 2014 de http://www.lapampa.gov.ar/noticias-oficiales/43601-reunion- -por-demanda-del-rio-atuel.html.

[18] El Diario de La Pampa, Santa Rosa, 6 de julio de 2014.

6. Conclusiones

La Constitución Nacional previó en su articulado un eficaz instrumento de concertación para el federalismo que adoptó nuestro país hace más de siglo y medio y que ratificó y, en alguna medida, profundizó la reforma de 1994: los tratados interprovinciales.

Esta es una herramienta de utilidad para que las provincias arriben a acuerdos sobre diversas materias que les competen, entre ellas, el aprovechamiento de sus recursos hídricos compartidos. Así lo dejó en claro la Corte Suprema de Justicia hace casi tres décadas al resolver la queja planteada por la Provincia de la Pampa contra la Provincia de Mendoza en relación al Río Atuel. Al exhortar a las partes a acordar los usos futuros de dicho curso de agua interprovincial, el Tribunal ratificó que son las propias provincias a través de la celebración de tratados las que deben regular el uso y aprovechamiento de los ríos interprovinciales. Sin embargo, ello no siempre resulta de fácil implementación, y el caso estudiado, lo demuestra a cabalidad.

A modo de balance a veinte años de la reforma de 1994, se percibe con claridad que ella debió haber incorporado al texto supremo previsiones más explícitas que permitieran hacer posible una gestión de los recursos naturales compartidos satisfactoria para los intereses de todas las partes involucradas.

Si aquella fue una oportunidad perdida, se impone que no se desperdicie la próxima.

EL ARTÍCULO 124 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL DESAFÍO DEL FEDERALISMO

Armando Mario Márquez •

1. Introducción

La Argentina ha sido definida como "un país al margen de la ley", tal el acertado título con el que el maestro Carlos Santiago Nino diera nombre a una de sus obras más importantes[1], y que nos ha marcado a fuego en cuanto a comportamiento como cuerpo social de cara a lo que significa la convivencia y coexistencia de la Constitución formal con la Constitución material.

Si nos posicionamos en el instituto de *región*, advertiremos que la sentencia citada en el párrafo anterior ha excedido aquel marco y se proyecta sobre las posibilidades que nuestra ley mayor nos brinda: en este caso no nos apartamos de la norma, sino que, lo que es peor aún, la ignoramos y

---

• Abogado egresado de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Doctorando en Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Postgrado de Especialización en Derecho Constitucional expedido por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Juez de Cámara y Presidente del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de General Roca. Ex Vicepresidente del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación en el período comprendido entre el 1 de septiembre de 2007 y el 28 de febrero de 2008. Profesor titular de la materia Historia Constitucional Argentina, Universidad Católica de Salta, Delegación Neuquén. Profesor de Posgrado en la Maestría en Magistratura, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires. Miembro Titular del Comité Académico Asesor de la Delegación Neuquén de la Universidad Católica de Salta. Presidente del Centro de Estudios Constitucionales del Neuquén.

[1] NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Emece, Buenos Aires, 1993.

dejamos de lado los beneficios que su aplicación nos traería aparejado.

Si cambiamos, ahora, el eje del posicionamiento y, abandonando la cuestión de la materia, nos ubicamos en el factor temporal y nos trasladamos hacia la segunda mitad del año 1994, es decir: una vez concluida la última reforma que se le practicara a nuestra Constitución Nacional, veremos que lo dicho en el acápite anterior se potencia, ya que podremos apreciar que inmediatamente después de la modificación que a ella se le realizara con la entronización del novel artículo 124, su aparición concitaba muchas expectativas[2], las que el paso del tiempo hizo que se vieran diluidas o abandonadas, cuando no, frustradas.

Esta frustración creemos poder explicarla desde dos vertientes, tal vez consecuentes una con la otra: por una lado, la casi nula utilización de la norma constitucional por parte de las provincias[3] habilitadas por nuestra ley insignia para hacerlo

---

[2] Así: "la región es una alternativa para fortalecer el federalismo argentino"(Alberto ZARZA MENSAQUE en "La región como alternativa federal", Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, nº 1 y 2, 1977, Córdoba), "la regionalización se constituye en un instrumento de los entes locales para solucionar problemas comunes" (María Angélica GELLI en "Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada", Tomo II, página 609, Editorial La Ley, 4º Edición, Buenos Aires, 2009), "la región … debe servir al proyecto federal de la Constitución" (Antonio María HERNÁNDEZ en "Federalismo, autonomía municipal y la ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997), "…hace presencia un federalismo de concertación" (Germán BIDART CAMPOS en "Manual de la Constitución Reformada", Tomo I, página 455, Editorial Ediar, Buenos Aires, Reimpresión, 1998), "puede constituir un complemento eficaz para el régimen federal" (Gregorio BADENI en Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, página 501, Editorial La Ley, 3º Edición, Buenos Aires, 2010), entre muchos otros autores que han opinado en consonancia al respecto.

[3] Cuando nos referimos a provincias lo hacemos –y de acá en más así lo haremos- en sentido genérico, es decir: incluyendo también en esa categorización a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a partir del status

operativo, y, por el otro, la advertencia que se nos formula desde la activa voluntad de algunos estados municipales, mejores intérpretes de las realidades y necesidades locales, lo cual se manifestara en la creación y proliferación de las llamadas "microrregiones" que ha unido a comunas de la misma o de distinta pertenencia provincial, cuestiones ambas sobre las que volveremos más delante de manera más pormenorizada.

Esa apatía de las autoridades de los estados provinciales en el uso de la herramienta que nuestra Constitución Nacional pone directamente en sus manos y que se erige como un importante y atractivo mecanismo de desarrollo federal, se nos presenta, también, como un desafortunado desaire a la reforma cuyo vigésimo aniversario con la presente obra rememoramos.

El objetivo de este ensayo no es solo presentar con mayor detalle lo expuesto y hacer un diagnóstico actual del estado del asunto en análisis, sino, por sobre todo y de ahí el título de estas líneas, llamar la atención sobre la claudicación de los principios del federalismo que ello conlleva, a la vez que abrigar una esperanza que sea capaz de revertir el cuadro actual.

Esa cuestión que nos entretendrá en los renglones que vienen.

2. El concepto tradicional de región y su recepción y articulación en nuestro medio

La concepción tradicional de "región", y así denominaremos en lo sucesivo a la imperante hasta el dictado de la Reforma Constitucional Nacional de 1994, estaba regida por una idea eminentemente geográfica de la cuestión, la que limitaba al pensamiento que en esa ciencia se le atribuía.

---

que adquiriera con motivo de la letra del artículo 129 generado en ocasión de la Reforma Constitucional acá en trato.

Así, teníamos que la idea estaba circunscripta por lo espacial, predominando el concepto de proximidad o cercanía: es decir que el elemento determinante de la posibilidad de unirse en región lo constituía un factor predeterminado por la naturaleza y sus agentes de manera fija, estática, inamovible, cual la ubicación territorial y la similitud de características ponderativas de esa rama del conocimiento, casi con prescindencia de cualquier otro elemento que concurriera, el que podía ser contingente o no, según el caso del que se tratara, pero, reiteramos el factor geográfico con énfasis en lo territorial era condicionante.

Pasando en limpio lo recién aseverado: no solo la vecindad, sino también la identidad de caracteres físicos (hidrografía, orografía, clima, etc.) o no (etnia, economía, densidad, etc.), pero siempre de relevancia ante la exclusiva concepción de la ciencia de la Geografía, era lo que iba a posibilitar la consideración de unir territorios provinciales en Región.

Esa idea, indudablemente *encorsetaba* la posibilidad del apareamiento regional y solo participaba de su factibilidad a los estados provinciales que se hallaban contiguos el uno al otro, siempre y cuando las contingencias ya aludidas los abarcaran.

Una característica destacaba de todo lo expuesto: la existencia un elemento objetivo inalterable, que se alzaba como una exigencia pétrea que impedía que se practicaran intentos de adunarse en región fuera de lo que sus parámetros establecían.

El profesor Héctor José Tanzi así lo señalaba al mostrar al modelo de región buscado"...como un territorio determinado por características étnicas o circunstancias especiales de clima, producción, topografía, administración, gobierno..."[4].

---

[4] Autor citado, "La Región en la nueva constitución" en "Estudios sobre la reforma constitucional de 1994", Germán BIDART CAMPOS y Héctor Raúl SANDLER, compiladores, página 223, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de

Si a esa restringida noción le agregábamos que las autoridades de los estados provinciales tenían una casi nula participación en la decisión que involucraba a sus distritos, la cuestión, más allá de las consideraciones políticas que sobre ello quieran hacerse, se tornaba autoritaria al poner en exclusivas manos del poder político central la decisión, lo que alejaba a esta última de la realidad que pretendía mejorar.

La historia reciente nos da ejemplos a los que podemos acudir en abono de lo que recién afirmamos.

La muestra más clara de ellos, la que reseñaremos brevemente, la constituye la pretendida erección de la denominada *Región Nordpatagónica*, creada por decreto número 16.004 del Poder Ejecutivo Nacional -de facto- dictado el 4 de diciembre de 1957, promoviendo la suscripción del *Tratado Interestadual sobre la Región NordPatagónica*, que fuera acordado el 17 de ese mismo mes y año en la ciudad de Neuquén por los interventores militares de las provincias de Río Negro, Chubut y la anfitriona y, en representación del Gobierno Nacional por el Interventor de Fabricaciones Militares, este último dada la finalidad del intento en el que se hallaba involucrada la actividad minera y su aprovechamiento industrial, cuya ponderación en términos de Política Económica excede este trabajo[5].

El aludido instrumento fue ratificado por medio del Decreto Ley número 512 de fecha 17 de enero de 1958, suscripto por el Presidente de facto de entonces.

Su puesta en marcha aún debía esperar, dado que las normas –tanto el decreto cuanto el tratado- determinaban que la operatividad de lo acordado se haría efectiva solo una vez que estuviera instaurada la vida institucional en el país y en las

---

la Universidad Nacional de Buenos Aires y Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995.

[5] Sin perjuicio de ello nos permitimos destacar la concurrencia del factor geográfico de vecindad de los tres estados provinciales en cuestión y el factor físico dado por la riqueza minera de ellos.

provincias[6], y que las autoridades constituidas de éstas ratificaran sus términos por medio de sus órganos regulares para hacerlo: el Poder legislativo de cada una de ellas.

Lo concreto y destacable para este trabajo lo constituye el hecho de que una vez adquirida por los estados provinciales su vida institucional regular, los tres distritos en cuestión dieron rotundamente la espalda al intento de creación de la pretendida *Región NordPatagónica*, al rechazar sus respectivos cuerpos legislativos, casi inmediatamente después de instituidos sus integrantes en sus cargos e iniciarse formalmente su actividad como tal[7], los términos de aquel acuerdo que fuera suscripto por las autoridades de facto de las mismas con el gobierno de facto central, según el detalle que seguidamente brindamos:

- Provincia del Chubut, por Ley 3 del 31 de mayo de 1958,
- Provincia de Río Negro, por Ley 4 del 27 de junio de 1958, y
- Provincia del Neuquén, por Ley 3 del 3 de julio de 1958.

Tal cuadro hizo que el gobierno central se viera obligado a enviar al Congreso Nacional un proyecto que fue sancionado y tomara cuerpo en la Ley 14.489 de fecha 24 de septiembre de 1958, por el cual quedaban sin efecto los términos del Decreto Ley 512/58 y, por ende, el instrumento de acuerdo suscripto por los gobernantes provinciales de facto anteriormente aludidos, con lo cual, quedó deshecho el intento de región ínsito en los mismos.

Seguramente el lector habrá de encontrar en su memoria y en las fuentes documentales otros ejemplos, más cercanos o más lejanos en el tiempo, pero el que hemos brindado –que tuvo por protagonista a nuestra Patagonia- se nos presenta

---

[6] Me apresuro a aclarar que esa posibilidad, materializada en las provincias de mano de los procesos de institucionalización del año 1957 y en la Nación con las elecciones de 1958, carecía de legitimidad por la proscripción de la gran mayoría representada por el Peronismo.

[7] Adviértase el temprano número de ley en cada una de ellas.

como una inmejorable muestra que nos expone la historia reciente para graficarnos acerca de la inconveniencia de que desde el poder central se tomen decisiones de incumbencia local desoyendo o contrariando los intereses de los estados provinciales involucrados, los que, ocioso es remarcarlo, deben tener una participación decisiva en cuestiones que los atañe.

3. El concepto de Región tras la reforma practicada a nuestra Constitución Nacional en el año 1994

Tras producirse la modificación causada en 1994 a nuestra ley mayor, se introdujo en su letra el novedoso texto del artículo 124, el que transcribimos en su parte pertinente a este trabajo:

> 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…

De la lectura de sus términos inferimos dos cuestiones esenciales, sobre las que queremos llamar la atención:

- La facultad de crear regiones queda en manos de los estados provinciales, y
- Lo harán tras una ponderación centrada en la expectativa del potencial desarrollo económico y social de las provincias involucradas.

Va de suyo que tal régimen difiere notablemente del que expusiéramos en el apartado anterior, como seguidamente lo haremos notar.

En efecto, del estricto patrón anterior, basado en parámetros objetivos, estáticos, fijos, generado en torno de la ciencia geográfica, pasamos a un modelo subjetivo, flexible, móvil basado en la interrelación de la Sociología y la Política.

Lo antedicho cambia radicalmente el estilo a adoptarse.

En efecto: al quedar en manos de los gobiernos provinciales la decisión de unirse en región difieren completamente los ejes a considerar, por dos aspectos que no son sino diferentes forma de decir lo expresado algunas líneas antes:

- La medida de gobierno basada en la interpretación de la realidad local, y
- La amplitud de los aspectos a evaluar y ponderar.

Sintetizando: la región surgirá de una decisión política conjunta de los estados provinciales involucrados asentada en una interpretación y valoración propia de un variopinto de factores de las que surge la conveniencia de la unión en la forma prevista por nuestra ley mayor.

4. Región y federalismo

Del relato precedente y de la invitación contenida en el título aparece como necesaria una pregunta: ¿es el instituto de *región*, en los términos formulados por el artículo 124 de nuestra Constitución Nacional, una herramienta útil para el desarrollo y la concreción del federalismo?

Adelantamos nuestra respuesta en sentido afirmativo, por lo que intentaremos exponer en lo sucesivo.

Creo que los argumentos casi aparecen a la vista sin mayor ahondamiento, puesto que, abandonada ya la perjudicial idea del sistema anterior basada en la omnipresente participación del Estado central, casi prescindiendo de las decisiones locales, incluso ante la eventualidad de una propuesta generada por los gobiernos provinciales involucrados, ya que la palabra –y voluntad política- final de aquél era decisiva para hacer operativo el proyecto en ciernes, y, pasando a manos de los distritos interesados la puesta en marcha del proyecto de adunarse en región, nos habla a las claras de una descentralización y reformulación de la génesis de la cuestión, lo que bien se condice con los principios del federalismo.

Tampoco vamos a soslayar que esa decisión política a tomar va a surgir de una estimación que hará cada una de las partes involucradas en el encuentro de su propia realidad, de neto carácter subjetivo, desprovista ahora aquélla exigencia basada en la impronta geográfica que contenía el modelo anterior, en la que apreciarán, de acuerdo a sus intereses locales, acerca de la conveniencia o no del apareamiento regional intentado.

El simple hecho de que el sistema consagrado tras la reforma constitucional de 1994 pone el peso de la decisión en las exclusivas manos de las autoridades de los estados provinciales interesados nos abre las puertas a la efectiva concreción de los postulados federales.

A la luz de ello han sido varios los autores que se han pronunciado de manera coincidente con lo hasta acá explicado. Citaremos algunos.

Nos ha parecido muy del caso, para graficar lo que hasta acá hemos expuesto, lo que sobre el particular ha manifestado por la doctora María Angélica Gelli, al señalar que:

> El artículo 124 de la Constitución Nacional contiene una atribución exclusiva de las provincias para

> crear regiones, es decir, que éstas no deben ser establecidas por ley del Congreso en contra de la voluntad expresa de los entes locales. No se trata de que el Estado Federal planifique una superestructura compuesta por regiones por sobre las provincias que implique, en los hechos, un corrimiento de los límites de éstas. Por el contrario, la regionalización se constituye en una instrumento de los entes locales para solucionar problemas comunes, maximizando las ventajas comparativas de de cada una de las provincias que acuerdan crear una región…[8]

En ese mismo sentido, traemos a cita las palabras del doctor Gregorio Badeni, al decir que:

> El Regionalismo que prevé el artículo 124 de la Constitución Nacional puede constituir un complemento eficaz para el régimen federal. Superando un enfoque esquemático que circunscribe la actuación provincial a los límites resultantes de sus fronteras, el regionalismo apunta a la agrupación toral o parcial de las provincias, en todo o en parte de sus ámbitos territoriales, con el propósito de reflejar soluciones apropiadas a sus realdades sociales y económicas que permitan colmar las necesidades comunes de sus pueblos[9].

Es por todo lo expuesto que reiteramos nuestra respuesta afirmativa a la pregunta efectuada en el párrafo inicial de este apartado.

---

[8] Autora citada, obra y página indicadas en nota al pie número 2.

[9] Autor citado, obra y página indicadas en nota al pie número 2.

5. Datos de la realidad

Dos cuestiones bien diferentes nos entretendrán en este apartado.

Una de ellas, la primera en trato, nos ilustrará respecto de un intento efectivo de regionalización llevado a cabo por tres estados provinciales, que, si bien fue originado algunos años antes, cobró singular envión una vez entronizado el instituto de la *regionalización* en el texto de nuestra norma fundamental; el restante análisis se detendrá en algo que ya adelantábamos renglones atrás, cual la activa participación de los municipios, lo que dio lugar a que dentro de esta parte de la porción Patagónica del país se vieran múltiples muestras de agrupamientos de comunas –del mismo o de distinto distrito político-, los que someramente detallaremos, las que han dado en llamarse *microrregiones*.

La Región Centro.

Tal vez el ejemplo más notorio de lo que hemos expuesto hasta ahora lo constituya el impulso que, tras la entronización del nuevo sistema contenido en el artículo 124 de nuestra Constitución Nacional, tuviera la denominada Región Centro, surgida originariamente en la década de 1970 por la propuesta de convergencia de los gobiernos de las provincias de Entre Ríos, Santa Fe y Córdoba, y que tuviera la "bendición" del gobierno central de entonces, cuestión que quedara paralizada tras la irrupción militar en el poder de 1976.

En efecto, una vez habilitado el nuevo modelo, concretamente, en el mes de agosto de 1996, es que, por impulso de uno de los máximos referentes y luchadores de la idea de región, el fallecido maestro cordobés Pedro J. Frías, con el apoyo de sus coprovincianos los doctores Antonio María Hernández y Alberto Zarza Mensaque, elaboran en conjunto

un proyecto de reformulación y promoción de aquélla idea, el que presentan y es acogida favorablemente por el ejecutivo provincial de ese distrito mediterráneo.

Con ese plan en sus manos el gobierno cordobés interesa del convite a las autoridades entrerrianas y santafesinas, con buena recepción por parte de ellas, remozándose así el originario plan de unirse en región, dándose firmes pasos en la instauración de la llamada Región Centro, suscribiéndose por parte de las autoridades de aquellas tres provincias el Tratado de Integración Regional del 16 de agosto de 1998, que recoge el proyecto de aquéllos autores y se erige en el instrumento basal del plan regional propuesto.

El final del siglo XX encuentra al emprendimiento en plena actividad, sucediéndose reuniones y encuentros de trabajo entre referentes de todas las áreas públicas y, también, de las más diversas expresiones de la vida y la actividad privadas de las tres provincias en cuestión.

Tal vez lo más destacable, en abono de la idea buscada, sea que convergieron gobiernos provinciales con distinto signo político, lo que resultaba por demás auspicioso, máxime cuando aquélla conlleva el espíritu de la denominada "democracia integrada".

Pero a partir del año 2001 se genera un *parate* en el proyecto hasta 2004 cuando vuelve a tener impulso la idea, ya que el 27 y 28 de julio de ese año, en la ciudad capital de Córdoba, los gobernadores de los tres estados provinciales hacen la presentación en sociedad de la Región Centro, siendo acompañados en esa ocasión por tres representantes de áreas geográficas que revelan la intención y proyección bioceánica de la misma: son ellos el Gobernador de la provincia argentina de San Juan, el Intendente de la Cuarta Región chilena de Coquimbo, y el Vicegobernador del estado brasileño de Matto Grosso.

En este encuentro se suscribió el Protocolo Adicional al Tratado de Integración Regional del 16 de agosto de 1998, que

sienta importantes bases institucionales para el funcionamiento y operatividad de la Región, y también, por sus artículos 2, 3 y 4, se aprobaron, respectivamente, el Reglamento de la Junta de Gobernadores de la Región Centro, el Reglamento del Comité Ejecutivo de la Región Centro y el Reglamento de la Secretaría Administrativa de la región Centro, documentos que se han constituido en el andamiaje jurídico-político de la Región.

Lamentablemente, pese a tanto entusiasmo, si bien los órganos precedentemente indicados comenzaron a reunirse con cierta regularidad, no se produjo el esperado ingreso de San Juan al agrupamiento, que hubiera generado el cinturón central de nuestro país unido en región[10], tal la búsqueda del desarrollo económico que hubiere generado el corredor bioceánico este-oeste que se habría habilitado y, de a poco, todo ello se ha ido diluyendo y ha quedado en un estado de parálisis que se mantiene a la actualidad.

Desde estas líneas renovamos nuestros votos porque ese proyecto no se haya apagado del todo y pronto sea retomado por las autoridades respectivas, por eso queremos traer a relato y a consideración las sentidas palabras de uno de los más férreos impulsores de la Región Centro, el ya nombrado maestro Pedro José Frías, al referirse a ella en estos términos: "...Sumémonos todos. La Región es para todos, como los corredores bioceánicos que nos llevarán al Asia/Pacífico. ¡Del sueño pasemos a la acción!" [11]

---

[10] Me parece del caso llamar la atención sobre un dato no menor, cual la diversidad geográfica del agrupamiento: dos provincias litoraleñas, una mediterránea y –si hubiere ingresado- una cordillerana, muy distintas entre sí.

[11] Autor citado, "La Región Centro, del desafío a la realidad", diario "Río Negro", General Roca, provincia de Río Negro, jueves 26 de agosto de 2004.

Los Municipios. Las Microrregiones

Lo adelantábamos al inicio de este trabajo: la apatía de los gobiernos provinciales en echar mano de la herramienta de crecimiento que les da el instituto contemplado en el artículo 124 de nuestra Constitución Nacional, se vio desbordada por la activa labor de las autoridades de los estados municipales, intérpretes de su realidad local, dando pie al fenómeno de las llamadas *microrregiones*, que aduno en tal a municipios de la misma o de distintas provincias.

Sin embargo, pese a esa categórica afirmación, rescatamos dos emprendimientos regionales generados desde los estados provinciales, aunque no por sus autoridades ejecutivas, sino legislativas:

- la Comisión Legislativa Interprovincial de los Ríos Limay, Neuquén y Negro y del lago Nahuel Huapi: legisladores y autoridades ejecutivas de las provincias de Río Negro y Neuquén se reunieron el miércoles 4 de diciembre de 2013 junto con funcionarios de las Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas y a resultas de ello crearon la entidad del título, con el fin primordial de evaluar la contaminación de las aguas y las medidas de saneamiento a adoptar, y
- el Parlamento Patagónico: conformado por representantes de los poderes legislativos de las provincias de La Pampa, Río Negro, Neuquén, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego e IAS, los que se reúnen regularmente en sedes rotativas a fin de dar tratamiento a problemas de incumbencia común.

Sin desconocer que debe de haber emprendimientos similares en otros lugares del país –descuento que así ha de ser-, destacaré los principales casos –con distinta intensidad- que se han producido en esta parte de la Patagonia Norte que habito y camino.

Casos que involucran a municipios de distintas provincias:

- *Asociación de Municipios de la Región del Alto Valle y la Confluencia*, de gran magnitud territorial y poblacional, ya que reunía una importante cantidad de municipios de dos distritos vecinos: Neuquén y Río Negro, con una ubicación privilegiada desde lo económico, y, con una importante característica: convergían representaciones políticas de las comunas integrantes de distintos signo, algo que lo tornaba casi emblemático, no solo de la zona, sino del país. Pero, a su impulso inicial, que generó una institucionalización muy importante, le siguió un letargo y, como también la política metió la cola, es algo que se ha ido diluyendo y su vigencia actual es casi nula.

- *Región del Corredor de Los Lagos,* que, en su momento, aunó la voluntad regionalista de casi una veintena de comunas de las provincias de Neuquén, Río Negro y Chubut, unidas por el paso de la emblemática Ruta Nacional 40, de traza paralela al despliegue de la Cordillera de los Andes, zona caracterizada por su notable abundancia de lagos, característica de la que toma su nombre, pero su vida, desde su inicio y hasta la actualidad es errática, y su afinidad está dada, casi exclusivamente por el interés generado en la actividad turística.

- *Región del Eje Petrolero Rincón de los Sauces, Catriel y 25 de Mayo*, con incumbencia en las zonas de explotación de esa actividad en las provincias de Neuquén, Río Negro y La Pampa, concita nuestra especial esperanza, ya que consideramos que este polo regional habrá de ahondarse, no solo por el marcado crecimiento de esa producción, sino también por el impacto que sobre ella tendrá el aprovechamiento del yacimiento Vaca Muerta, en la contigua localidad de Añelo, en la provincia del Neuquén.

- *Región de los Valles y Playas de la Patagonia*, conjunción de municipios rionegrinos y chubutenses entroncados por la traza de la ruta nacional 3, paralela a la costa

atlántica, aunque no ha tenido mucha actividad ni relevancia.

Casos que involucran exclusivamente a municipios de la provincia del Neuquén:

- *Consejo Regional del Alto Neuquén*: conformado por municipios de la porción norte de la provincia, que es la síntesis de dos emprendimientos similares previos:
    - *Comité Intermunicipal de la Zona Norte,* surgido de la decisión de las autoridades de los municipios y Comisiones de Fomento de Chos Malal Andacollo, El Huecú, Caviahue-Copahue, Manzano Amargo, Tricao Malal, Taquimillán, Barrancas, Huinganco, Coyuco-Cochico, Buta Ranquil, Guañacos, Los Miches, El Cholar y Chorriaca,
    - *Ente Intermunicipal del Departamento Minas*: conformado por los municipios de Andacollo, Huinganco, El Cholar y Las Ovejas y de las Comisiones de Fomento de Los Miches, Guañacos, Villa del Nahueve y Manzano Amargo.
- *Región Centro*: conformada por los municipios de las localidades de la provincia del Neuquén unidas por el recorrido de las rutas nacional 22 y provinciales 7 y 17: Cutral Co, Plaza Huincul, Centenario, Vista Alegre, Añelo, San Patricio del Chañar, Zapala, Villa Pehuenia, Aluminé, Las Coloradas y Moquehue.
- *Liga de Municipios Hidrocarburíferos*: reúne a los municipios de Senillosa, Rincón de los Sauces, Buta Ranquil, Añelo, Plaza Huincul, Chihuidos y Villa El Chocón, siendo su idea incorporar a otros a su seno.
- *Corporación de Desarrollo de la Cuenca del Curi Leuvú (CORDECC):* en diciembre de 2012 las autoridades del Ministerio de Desarrollo Territorial de la provincia del

Neuquén presentaron el Plan Estratégico del área, la que abarca los municipios de Tricao Malal, Chos Malal y de la Comisión de Fomento de la Villa del Curi Leuvú.

- *Bloque de Intendentes del Sur:* aúna los municipios del extremo sur neuquino: Aluminé, Piedra del Águila (anfitrión), Villa La Angostura, Villa Pehuenia-Moquehue, Villa Traful y San Martín de los Andes.
- *Corredor del Pehuén*: incluye los municipios de Zapala, Mariano Moreno, Villa Pehuenia-Moquehue, Aluminé y Caviahue-Copahue, en la zona centro-noroeste del mapa provincial. Lleva su nombre del árbol que representa al Neuquén, cuya concentración forestal se destaca en esa área.

Casos que involucran exclusivamente a municipios de la provincia de Río Negro:

- *Municipios del Alto Valle Este:* congrega a las comunas ubicadas en esa porción del territorio de la provincia acompañando el paso del Río Negro: de Mainqué, Ing. Huergo, Cnel. E. Godoy, Villa Regina y Chichinales,
- *Región del Medio del Río Negro:* Valle reúne los municipios de Río Colorado, General Conesa, Chelforó, Chimpay, Choele Choel, Cnel. Belisle, Darwin, Pomona, Luis Beltrán y Lamarque, también bañados por las aguas del río que da su nombre a la provincia
- *Foro Regional de Concejales*: ediles de los municipios rionegrinos de Comallo, Pilcaniyeu, Dina Huapi y San Carlos de Bariloche, en la zona sur-oeste del territorio provincial se autocongregaron para tratar cuestiones de interés común.
- *Unidad Territorial de Desarrollo de la Región Sur:* conformado ante tres necesidades concretas que marcan a la llamada Línea Sur del territorio rionegrina, en plena zona de estepa: la falta de agua a raíz de la intensa sequía que suele afectar a la zona, el estado de los caminos y las

plagas congrega a productores de las zonas de Sierra de Apa, Cona Niyeo, Barril Niyeo y Bajo el Caín, técnicos del Ente de Desarrollo de la Región Sur, el comisionado de fomento de El Caín y representantes de grupos de campesinos autoconvocados.

- *Ente Intermunicipal de la Microrregión Andina*, que agrupa en tal a los municipios rionegrinos de San Carlos Bariloche, Pilcaniyeu y El Bolsón, siendo intención de sus autoridades integrar al resto de los municipios que allí también se ubican.

6. Conclusión

Recorrimos hasta acá y en forma somera, el errático camino del instituto de Región, consagrado en el texto de nuestra Constitución tras la reforma que a su texto le fuera practicado en el curso del año 1994.

Advertimos el cambio en el paradigma de su concepción que se operó a partir de entonces y los esbozos que se dieron en relación al mismo, no excluyentes de otros existentes en la realidad nacional.

Sin embargo, pese a constituirse como una importante herramienta puesta por nuestra ley mayor en manos de los gobiernos de provincias para lograr el "desarrollo económico y social" consignado en su letra y de erigirse en un generoso instrumento para hacer tangible el ideal de federalismo, es poco lo que se avanzado sobre el particular.

Nuestra esperanza se ciñe al ejemplo que percibimos de la mano de la activa participación de los estados municipales para congregarse en *microrregiones*, que tal vez contagie a los gobiernos provinciales y los lleve a dar el salto que esperamos.

Su deuda no es solo con los convencionales que lo pusieron en la letra constitucional, sino también con todos los argentinos.

Tal vez esta rememoración del vigésimo aniversario de ese acto institucional sea el momento ideal para barajar y empezar de nuevo.

Desde acá hacemos votos porque así sea y esa deuda pronto se salde.

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO GARANTÍA JURÍDICA

Fabián Norberto Murúa, •

La reforma constitucional de 1994 tuvo como centro la jerarquización y ampliación de derechos, así como el otorgamiento de poderes de acción a la ciudadanía y el *derecho humano de acceso a la información pública* (DAIP) es clave en este nuevo escenario jurídico. El desarrollo de la sociedad de la información y las *tecnologías de la información y comunicación* (TIC) generaron las condiciones para el surgimiento del DAIP como un derecho vinculado al republicanismo, al paradigma de la trasparencia, a una redefinición de la democracia en términos de participación y deliberación y al ejercicio de otros derechos humanos.

El ciudadano moderno tiene un rol más activo en la vida pública. La actividad política va perdiendo el carácter elitista que supo tener en los períodos del constitucionalismo clásico y el electorado se ha convertido en un controlador que reclama mayor protagonismo en las decisiones públicas. También la labor de las organizaciones no gubernamentales obliga a los gobiernos a mostrase más transparentes. En este sentido, el DAIP profundiza la práctica republicana y sienta las bases de un querer saber más para participar mejor y como praxis democrática trata de imponerse al secretismo estatal que hoy persiste con gran peso.

En este trabajo se intenta presentar al DAIP como una autentica garantía jurídica para el ejercicio de los derechos humanos y de la democracia identificando sus bases conceptuales y sus fuentes

---

• Abogado y Maestrando en Derechos Humanos (UN La Plata) . Auxiliar Docente Alumno por concurso, FCJyS, UN La Plata. Auxiliar Graduado, FCJyS, UN La Plata. Integrante de la Clínica de Derecho de Acceso a la Información Pública, FCJyS, UN UN La Plata. Coordinador del Área de Discapacidad, Clínica de Derechos Humanos, FCJyS, UN La Plata. Integrante Proyecto PIO Conicet-UNLP "Las inundaciones en La Plata, Berisso y Ensenada: análisis de riesgos y estrategias de intervención. Hacia la construcción de un observatorio ambiental (2014/5)

normativas. Por último se concluirá con la necesidad de una ley de acceso a la información.

1. Introducción

El derecho de acceso a la información pública incluye el derecho de toda persona, del periodismo y de la sociedad en su conjunto a informarse y a informar, es decir a buscar, recibir y difundir por diversos medios una amplia gama de información relacionada con la actuación y desarrollo del estado así como cuestiones de relevancia pública e interés general. La información bajo amparo comprende, entre otras, datos en poder de los órganos del estado, el planeamiento de políticas públicas y su ejecución, las leyes y sus diversas instancias de formación y sanción como los debates parlamentarios incluyendo las etapas de elaboración y ejecución presupuestaria, sentencias judiciales, datos y estadísticas elaborados en torno a la situación de derechos sociales, la información en relación a los bienes de consumo, índices de precios y metodología empleada así como el daño en bienes elaborados por defectos de información, información en materia ambiental, etc. Como complemento de la libertad de expresión, también abarca el derecho ciudadano a ser informados por una prensa plural.

Asimismo, la obligación de veracidad en la información alcanza a todos los poderes del Estado y a todas sus instancias, a ciertos particulares que ofrecen productos de consumo, que tienen a su cargo la prestación de servicios públicos o que contratan con el estado cualquiera sea su forma, pero es menos exigente en relación al periodismo, ya que estos informan en el marco del ejercicio de la libertad de expresión por lo que no puede aplicarse idénticos estándares de calidad informativa a los funcionarios y periodistas.

A diferencia del periodismo, la información brindada por funcionarios no encuadra en el ejercicio de la libertad de expresión sino en la obligación de proveer información y en esta tarea hay un especial deber de diligencia y buena fe que tiene como fin garantizar los derechos humanos, comunicar a la ciudadanía y contribuir al desarrollo de la opinión pública. Los funcionarios estatales son garantes de los derechos humanos y la falsedad en la información suministrada por ellos puede resultar perjudicial para los individuos.

Esta posición ha sido sostenida por la Corte Constitucional de Colombia[1] al considerar que las manifestaciones realizadas por altos funcionarios en medios de prensa no deben ser analizadas desde el derecho a la libertad de expresión sino como en la perspectiva de un poder-deber de comunicación con la ciudadanía.

Para ilustrar los potenciales daños de la información inexacta dada por el estado, menciono un caso resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el marco de una solución amistosa en materia de salud sexual y reproductiva.

Paulina Ramírez Jacinto[2] denunció al Estado de México ante la CIDH por violación de derechos protegidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). La joven quedó embarazada producto de una violación siendo menor de edad y el servicio de salud le brindó información falsa a fin de que abandone su intención de interrumpir el embarazo, consiguiéndolo.

Si bien el Código Penal Mexicano la amparaba para realizarse un aborto y esa era su voluntad, en primera instancia fue enviada por la justicia a conversar con un sacerdote para que desista y posteriormente, ya internada en el hospital con autorización judicial para practicárselo, los médicos mantuvieron una reunión con su madre a la que le explicaron que las consecuencias de la intervención serían esterilidad, perforación uterina, hemorragia masiva, síndrome de Asherman y muerte y que si Paulina moría, la responsabilidad única sería de ella. En el caso, la información inexacta y de mala fe brindada por los médicos logró disuadir a la madre de la realización de la intervención violando los derechos de Paulina a la autonomía reproductiva.

En algunas oportunidades se ha considerado que el DAIP se encuentra dentro de la doctrina de las llamadas libertades preferidas[3]. Dicha doctrina fue utilizada por la Corte Constitucional Peruana en un caso[4] en el que se solicitaba información respecto de los gastos efectuados por el ex presidente Fujimori y su comitiva durante los más

---

[1] Sentencia T-627/12.

[2] Informe N° 21/07 – Petición 161-02 – Solución Amistosa.

[3] CSJN, "VERBITSKY, Horacio y otros s/ denuncia apología del crimen", voto disidente de Fayt, consid.14.

[4] Exp. N° 1797-2002-HD/TC.

de quinientos quince días en que estuvo fuera del país, debido a los ciento veinte viajes que realizó al exterior en el transcurso de su mandato presidencial. La Corte consideró que cuando la información en juego contribuye a la formación de la opinión pública, el DAIP tiene la condición de "libertad preferida". Si bien el Tribunal no considera que esto suponga la prevalencia de este derecho sobre otros derechos constitucionales, sí tiene implicancias procesales, ya que esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre el derecho no sólo se encuentren sujetos a un control jurisdiccional más intenso, sino que además tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen de la presunción de constitucionalidad.

Por otro lado, en los últimos años se han ido estableciendo estándares de buenas prácticas de gobierno abierto y en casos, obligaciones de suministrar de forma proactiva una amplia gama de información, en especial en materia presupuestaria, de contrataciones públicas y la que se requiere para el ejercicio de otros derechos, por ejemplo la atinente a la satisfacción de los derechos sociales. Dicha información debe ser suministrada a través de Internet y por otros medios que garanticen el acceso a grupos excluidos. El gobierno abierto a través de plataformas virtuales facilita el control y el intercambio entre los gobiernos y los ciudadanos y tiene ventajas administrativas ya que reduce las solicitudes y tramitaciones de pedidos de información. Aunque cabe señalar que el llamado gobierno electrónico contribuye a la realización de modelos democráticos participativos, tampoco se han convertido en la panacea democrática ya que la brecha digital es muy amplia porque buena parte de las personas no pueden acceder a las TIC.

Con respecto a la obligación de transparencia activa en materia de salud sexual y reproductiva la CIDH ha dicho:

> La obligación de suministrar oficiosamente información (...) apareja el deber de los Estados de suministrar información pública que resulte indispensable para que las personas puedan ejercer sus derechos fundamentales o satisfacer sus necesidades básicas en este ámbito. Ello es particularmente relevante cuando la información versa sobre temas relacionadas a la sexualidad y

> la reproducción, ya que con ello se contribuye a que las personas estén en condiciones de tomar decisiones libres y fundamentadas respecto de estos aspectos tan íntimos de su personalidad y que esta obligación se justifica por el "reconocimiento de las limitaciones que suelen tener las mujeres, particularmente las mujeres pobres, indígenas y/o afrodescendientes y quienes habitan en zonas rurales, para acceder a información confiable, completa, oportuna y accesible que les permita ejercer sus derechos o satisfacer sus necesidades (CIDH, 2010:25).

2. El acceso a la información como herramienta jurídica

Como herramienta jurídica, el DAIP es utilizado cotidianamente por ONG's, periodistas avocados al periodismo de investigación y por legisladores en sus funciones propias de control. Es posible establecer un paralelo entre la información y las garantías. La información como las garantías, puede ser considerada un derecho pero a la vez se destaca su carácter instrumental para la exigencia de otros derechos (Abramovich y Courtis, 2000:1). Si bien en un sentido estricto del término, entendemos a las garantías como aquellos acciones/poderes procesales para activar el sistema de justicia, en un sentido amplio se puede afirmar que garantía jurídica es todo instrumento jurídico que permita efectivizar derechos. En sentido amplio, el DAIP constituye una herramienta indispensable para la transparencia y el control de los actos de gobierno como mecanismo de prevención de la corrupción, el ejercicio de la libertad de expresión y otros derechos humanos así como la participación democrática y la evaluación del cumplimiento de compromisos asumidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Tanto el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos como el 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos abordan el DAIP como correlato del derecho a la libertad de expresión. Dichos artículos están orientados a maximizar la libertad individual y a proteger a la prensa. Sin embargo, la Corte IDH en el Caso Claude Reyes vs Chile se encargó de brindar una interpretación más amplia, definiendo a la información como un bien colectivo, destacando su rol

social y considerándolo como una herramienta para el ejercicio de otros derechos humanos.

Con respecto a la utilización de esta herramienta por parte del periodismo, en algunos países del continente se ha usado el DAIP como instrumento de trabajo para la obtención de datos. Con el objetivo de promover el conocimiento y la utilización de este derecho por parte de los periodistas, durante los años 2008/9 se implementó en la región el proyecto *Periodismo por el acceso a la información pública* que abarca a distintas organizaciones y periodistas de América. El resultado del proyecto demostró la utilidad para el periodismo de realizar pedidos formales de información a oficinas del estado. Gracias al mismo los periodistas pudieron descubrir entre otras cosas, el reparto irregular de planes sociales, el costo en honorarios de los abogados del estado ante la Corte Internacional de Justicia en el caso de las papeleras, estadísticas relativas salud pública y abortos, concesiones vencidas y contratos irregulares.

3. El DAIP como mecanismo de prevención de la corrupción y el derecho humano a la transparencia

Durante la década de 1970 la corrupción comenzó a visualizarse en el mundo como un nuevo fenómeno de características complejas, éticamente inaceptable y proyectable a escala global en la cultura política y empresarial moderna. El periodismo de investigación contribuyó a ubicarla dentro de los problemas centrales de la sociedad, destapando hechos de corrupción convertidos en verdaderos escándalos políticos. La ilegalidad de las contribuciones a la campaña política de 1972 en la que Richard Nixon buscaba ser reelecto como presidente de los Estados Unidos y que se conoció como *Watergate*, la renuncia del Primer Ministro de Japón Kakuei Tanaka y todo su gabinete como consecuencia de la investigación de 1976 en la que una empresa fabricante de aviones de guerra pagó sobornos a funcionarios extranjeros, el escándalo de corrupción que sacudió a Italia en 1992 cuando el proceso denominado “manos limpias” puso al descubierto la financiación ilegal de partidos políticos o el *Swiftgate* argentino durante el menemismo son sólo algunos ejemplos.

Asimismo, organismos internacionales como el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) se interesaron por el

tema (Pereyra, 2013:78) y señalaron a la corrupción como un problema de países en vías de desarrollo y del intervencionismo estatal en la economía, por lo que promovieron la reforma y desregulación del estado como política anticorrupción. También se adoptaron convenciones internacionales y regionales de lucha contra la corrupción y varios estados promulgaron leyes de acceso a la información y establecieron órganos de control especializados[5].

A finales de la década de 1980, fueron apareciendo organizaciones de la sociedad civil destinadas a combatir las prácticas corruptas de los estados. Dichas organizaciones, se abocaron a la construcción del paradigma de la transparencia y a denunciar casos de corrupción encontrando en la prensa un aliado invaluable para la publicidad de las denuncias y el éxito de las acciones. En el caso de Argentina, ya para el 2000 la aparición de nuevas ONG´s permitiría el trabajo en red de las organizaciones y una mayor incidencia e intercambio con el estado[6].

Así se fue formando una tarea más experta en el control de la corrupción implementando estrategias de intervención, entre ellas la utilización de mecanismos de participación ciudadana incluidos en la reforma constitucional de 1994, el monitoreo sobre el acceso a la información, los observatorios electorales, la recolección de datos patrimoniales y curriculares de funcionarios y jueces o las herramientas de medición como las encuestas sobre la preocupación social de la corrupción. En todo este proceso, el DAIP ha cumplido un papel central.

La herramienta del acceso a la información también ha sido utilizada en el monitoreo de investigaciones penales por hechos de

---

[5] Por ejemplo, a raíz de diferentes escándalos de corrupción en Botswana, en 1994 se aprobó la Ley contra la corrupción y los delitos económicos y se estableció la Dirección de Corrupción y Delitos Económicos.

[6] Un ejemplo muy claro lo constituyó el espacio "Una Corte para la Democracia". Una red formada por La Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Fundación Poder Ciudadano, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), la Unión de Usuarios y Consumidores y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) que tenía como objetivo aportar a la renovación de la legitimidad de la Corte Suprema y del sistema de justicia, como exigencia de la institucionalidad democrática. Dicha iniciativa tuvo incidencia en la elección de los actuales ministros de la Corte Suprema.

corrupción. En este tema la cuestión es sumamente compleja por la tensión existente entre la necesidad del contralor ciudadano y el derecho al honor de los imputados.

Cabe responder ahora qué se entiende por corrupción desde los diferentes ámbitos, que tiene para dar el DAIP y si puede hablarse de un derecho humano a las políticas transparentes.

De los estudios llevados adelante desde las ciencias sociales, la corrupción puede caracterizarse de la siguiente manera: a) Implica siempre el abuso de poder de alguien en situación dominante que obtiene un beneficio o ventaja producto de su posición. b) Es cosa tanto de funcionarios públicos como del sector privado. c) Si bien realizable por personas, éste suele ser el último eslabón de una cadena. Funciona como un sistema inserto en una organización. d) La idea de la corrupción como problema de los países periféricos ha sido desacreditada luego de escándalos de corrupción en países denominados "centrales".

Por otro lado, los actos de corrupción política no constituyen simples delitos de apropiación sino que adquieren connotaciones de traición colectiva. La definición del destino de los recursos públicos a través de una ley presupuestaria genera una promesa social de perseguir determinados objetivos. En esta perspectiva el desvío de fondos implica la violación de un régimen con base en la confianza instaurada entre representantes y ciudadanos, con impacto negativo en la concreción de esos fines y la degradación de la actividad política en el imaginario social. También los economistas destacan los efectos negativos sobre el desarrollo económico y la perdida de inversiones.

Una particular visión del asunto fue ofrecida por Robert Klitgaard en su libro *Controlling Corrupción*. El autor propone analizar el fenómeno de la corrupción como un problema de costos y beneficios que se da dentro de cada estructura administrativa donde una organización en la que hay monopolio de las decisiones, baja penalización y nula obligación de rendir cuentas se promueve un entorno corrupto y debe ser abordado desde políticas anticorrupción tales como mejores incentivos a los funcionarios, el aumento de penas efectivas para delitos de corrupción, la reducción del monopolio de las decisiones, la disminución de la discrecionalidad, el reforzamiento de la transparencia y la obligación de rendir cuentas (Pereyra, 2013:54).

En este sentido, Klitgaard formuló la siguiente ecuación: Corrupción = Monopolio de las decisiones + Discrecionalidad – Transparencia.

Otro enfoque es el dado por Michael Reisman. El mencionado autor sostiene que en toda estructura organizativa existen normas formales o jurídicas a las que llama míticas y que establecen las conductas permitidas y prohibidas y otras normas de tipo operacional que si bien no son exigibles, están presentes y operan en las relaciones de la organización. De esta manera, la corrupción se muestra no como una violación de las normas jurídicas sino como una confrontación entre el sistema mítico y los códigos operacionales que están estimulados por la obediencia al grupo. Según Reisman, la manera de desarticular la corrupción es desenmascarando las normas operacionales a través del aumento de la información y el control.

De esta manera el paradigma de la transparencia aparece como la opción más viable para prevenir la corrupción. Esto implica una selección transparente de funcionarios, el control de las decisiones, la intervención de órganos independientes y la apertura de registros y archivos a todas las personas y al periodismo.

En este sentido, el acceso a la información es indispensable para la transparencia y el control de los actos de gobierno. Es indudable la relación existente entre el control ciudadano de las decisiones en el ámbito de la política y la reducción de la corrupción.

Las convenciones anticorrupción destacan la importancia del acceso a la información, la publicidad de los actos de gobierno y la obligación de rendir cuentas como mecanismos de prevención. También la transparencia en el sector privado es una pieza fundamental. El desarrollo de políticas de transparencia y mecanismos de publicidad por parte de las empresas que contratan con el estado favorece el desmantelamiento de las prácticas corruptas. Entre ellas, la publicación de los contratos con el estado, el nombre de sus integrantes y accionistas, la adopción de programas anti-soborno y la implementación mecanismos y reglas de procedimiento internas como auditorías internas y canales de denuncias confidenciales por parte de los empleados.

Sin embargo, los enfoques económicos y sociológicos señalados no toman en cuenta los efectos de la corrupción sobre el ejercicio de los derechos humanos. En igual sentido las convenciones anticorrupción consideran en sus preámbulos que la corrupción

socava las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y compromete el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, pero no vinculan dicho fenómeno con la vigencia de los derechos humanos. Sin embargo, la corrupción no sólo afecta al crecimiento económico de un país sino que también retrotrae las conquistas logradas en las declaraciones de derechos y distorsiona las políticas orientadas a satisfacer las necesidades básicas.

En este sentido, en oportunidad de evaluar a la República de Moldavia en 2003, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas observó que los graves problemas de corrupción existentes en aquel país tenían efectos negativos en el pleno ejercicio de los derechos consagrados en el Pacto homónimo[7]. También el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación[8] señaló que la corrupción constituye uno de los siete principales obstáculos a la realización de este derecho. Por otro lado, el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y las Corporaciones Transnacionales y Otras Empresas, ha incluido a la corrupción entre los abusos contra los derechos humanos que cometen las corporaciones transnacionales[9].

No siempre la corrupción se traduce en una violación de derechos humanos pero muchas veces puede haber un impacto directo o indirecto en el goce de los mismos. La trata de personas y tráfico de niños y niñas con fines de explotación sexual o laboral o el trabajo infantil vulneran los derechos a la libertad física, autonomía sexual, integridad, protección de los derechos de la infancia e identidad. Estas situaciones suelen hacerse posibles por los sobornos a funcionarios de fronteras, fuerzas policiales, inspectores y políticos. Por otro lado, la corrupción impacta desproporcionadamente sobre los grupos más vulnerables. La malversación de caudales públicos cuando los mismos están destinados a la realización de programas de salud o vivienda, tiene un impacto concreto en la calidad de la prestación. Incluso, podría afirmarse que este delito tiene una relación directa con el incumplimiento del Pacto DESC y la obligación de destinar el máximo

---

[7] Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Republic of Moldova. 12/12/2003. E/C.12/1/Add.91.

[8] E/CN.4/2001/53, párrafo 69.

[9] Doc. UN E/CN. 4/2006/97, párrafos 25-27.

de recursos disponibles a la satisfacción de los derechos allí reconocidos.

En cuanto a la brecha en las relaciones de poder entre quienes detentan la función pública y los grupos más vulnerables, el derecho a la participación política y el voto suele ser menoscabado a través de la intimidación y el soborno. En otros supuestos muy frecuentes, el derecho a un ambiente sano o el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas es proclive a violaciones cuando con la connivencia entre funcionarios y empresarios se habilitan proyectos de gran infraestructura sin que se realicen los debidos estudios ambientales.

Sin embargo, el combate contra la corrupción y la lucha por los derechos humanos se han conducido por caminos distintos. Pensar en que hay puntos de encuentro permite analizar la corrupción desde una perspectiva de derechos humanos posibilitando nuevos campos de acción y estándares de aplicación. En materia de derechos humanos, diferentes instrumentos internacionales han establecido la obligación de los estados de adecuar el derecho interno al derecho internacional. Esta primera herramienta es útil en el ámbito de la lucha contra la corrupción para potenciar el reclamo por leyes más transparentes en materia de ética pública y contrataciones del estado.

Las convenciones internacionales de lucha contra la corrupción establecen ciertos estándares en materia de leyes de ética en el ejercicio de la función pública. Para el correcto funcionamiento de los sistemas públicos se considera importante una regulación legal de la función pública que establezca, entre otras cosas, un régimen claro de incompatibilidades entre la actividad pública y otras actividades, la exclusión de la toma de decisiones cuando exista un potencial conflictos de intereses como mecanismo de prevención de afectación de la imparcialidad del funcionario, la prohibición de acumulación de cargos públicos y la abstención de prácticas nepotistas, la regulación y transparencia en los mecanismos de recepción de obsequios, regímenes de presentación declaraciones juradas patrimoniales que establezcan la obligación informar sobre la situación patrimonial antes del ejercicio del cargo, periódicamente durante el ejercicio y al egreso de la función pública, que incluya la información patrimonial de ciertos familiares y que sean de acceso público para permitir a la autoridad pública, a la ciudadanía y a los medios de comunicación monitorear la evolución patrimonial de los funcionarios.

Asimismo, debe incluir una adecuada cantidad de información sobre las actividades e intereses comerciales, laborales y financieros que permita prevenir y descubrir eventuales incompatibilidades y conflictos entre intereses públicos y los privados del funcionario. También el establecimiento de organismos de control con la suficiente independencia de los poderes y asignación de recursos, que cuenten con facultades de investigación y sanción ante el incumplimiento, dotado de herramientas informáticas eficaces que faciliten la organización de la información y un rápido acceso a bases de datos.

El régimen de deberes y prohibiciones junto a una declaración jurada que contenga la suficiente información y un órgano con capacidad técnica para investigar y cruzar dicha información facilitan la detección de parcialidades e incompatibilidades así como el descubrimiento de casos de enriquecimiento ilícito. La publicidad de las declaraciones juradas se justifica en la imposibilidad de contralor de la totalidad de las mismas por parte de los órganos de control que en el mejor de los casos, utiliza algún criterio objetivo de selección.

La mayoría de las provincias argentinas carece vergonzosamente de leyes de ética pública. Varias cuentan con regímenes arcaicos de presentación de declaraciones juradas y en casos, como la Provincia de Buenos Aires, ni siquiera esa obligación. Por otro lado, la mayoría de los regímenes locales establecen el carácter secreto de las mismas. La utilización del estándar mencionado constituiría una herramienta útil para combatir la corrupción desde una perspectiva de derechos humanos.

Asimismo, la experiencia demuestra que los procesos de participación política son muy útiles a la hora de prevenir la corrupción. Entre otras cosas, la participación política permite equilibrar la balanza del poder, construye poder social y por lo tanto desalentar las condiciones que posibilitan los actos de corrupción, especialmente la de los grupos más desaventajados que son los que más la sufren.

El derecho de reunión y asociación así como el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información constituyen el núcleo duro de la participación política ya que posibilitan amplitud participativa, y son las bases de toda organización y las condiciones mínimas de acción. Sin la vigencia de estos derechos humanos, la participación no es posible y hay mayor posibilidad de que se den

situaciones de corrupción que posiblemente traigan como efecto la violación de otros derechos humanos. Algunos ejemplos modernos son los acompañamientos cívicos[10] o los observatorios de transparencia en el sector privado[11].

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción obliga a los estados a promover la participación activa de la sociedad, ONG´s y organizaciones populares, para prevenir y luchar contra la corrupción. También la Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas destaca el papel de la participación de la sociedad civil en el establecimiento de estrategias anticorrupción y que las políticas deben prever la inclusión de representantes de la sociedad en el diseño, contenido y desarrollo de las mismas.

En este vínculo entre la prevención de la corrupción y la vigencia de los derechos humanos, en especial el derecho de acceso a la información y la libertad de expresión, se puede hablar incipientemente de un derecho humano a las políticas públicas transparentes.

4. El acceso a la información y la participación política

Una cuestión central en el debate teórico y práctico de la primera etapa del constitucionalismo fue la superación del problema de la imposibilidad de materializar la democracia directa y los defectos de la democracia puramente representativa (Cenicacelaya, 2008:15). La tensión persiste hasta la actualidad. En primer lugar, prestigiosos académicos han destacado el valor de la participación ciudadana y la deliberación colectiva como condiciones de legitimación de las leyes. En segundo término, la crisis de representación, la corrupción y el descrédito de los representantes del pueblo fomentan la idea de una democracia participativa como complemento y corrección de la democracia representativa.

La reforma constitucional de 1994 constitucionalizó algunas de las herramientas de participación ciudadana y abrió el juego a la

---

[10] Ver http://poderciudadano.org/informe-final-de-la-observacion-electoral-2013/

[11] Ver URL http://poderciudadano.org/informe-sobre-transparencia-en-las-empresas-de-recoleccion-de-residuos/

participación política. Institutos ciudadanos como el referéndum, la iniciativa popular, las audiencias públicas, los observatorios electorales y las comisiones de control son esenciales para nivelar la balanza en la distribución del poder. El rol que juega la información en la efectividad de estos instrumentos es central. Sin ella, todos éstos se convierten en meras pantallas formales. Un referéndum sin información puede ser mera manipulación política. Una audiencia pública, por ejemplo en materia ambiental, o la licitación del transporte público poniendo a disposición de los vecinos el pliego de contratación sin el tiempo suficiente para estudiarlo, constituye un engaño que desvirtúa la herramienta. Asimismo, la información es fundamental para garantizar el principio de igualdad de participación en un ideal democrático donde se valore la deliberación colectiva.

Por otro lado, las TIC como los celulares, notebooks y las redes sociales, foros de discusión, plataformas virtuales y otros sitios facilitan el flujo de información y abren nuevas posibilidades de debate y participación a la vez que permiten visibilizar y expandir expresiones políticas. Algunos sitios específicos para la realización de reclamos políticos como *change.org* o *petition24.com* son centrales en las dinámicas del activismo social moderno y permiten a los movimientos sociales, estudiantes, de trabajadores, movimientos feministas, ambientalistas y otros alcanzar notoriedad en sus reclamos (Betancourt, 2013:181)

Un caso que alcanzó publicidad recientemente, se dio con la reciente reforma de la justicia argentina donde algunas ONG´s utilizaron el sitio *change* para hacer circular una petición a doce legisladores para que no votasen a favor de dicha reforma[12].

En otro caso, el reclamo fue a la Unión Europea para que se debatiera sobre el derecho al agua; eso llevó a los ciudadanos a formular una Iniciativa Ciudadana Europea (ICE) a través del sitio *www.right2water.eu/es/node/45/#Europea.* La ICE es una nueva herramienta de democracia participativa en Europa que consiste en que siete ciudadanos de siete países distintos de la Unión, incorporen en la agenda política europea un determinado tema, previa recogida de un millón de firmas.

---

[12] http://www.change.org/es-AR/peticiones/12-diputados-que-pueden-frenar-esta-reforma-judicial.

5. El acceso a la información para el ejercicio de otros derechos

El PIDCP reconoce que el DAIP está comprendido en el derecho a la libertad de expresión[13]. Esto es así porque como bien ha dicho el Comité de Derechos Humanos a través de la Observación General Nº 34 *"la libertad de expresión es el fundamento de una sociedad libre y democrática"* y en este sentido no puede pensarse en el ejercicio de la libertad de expresión y opinión sin una ciudadanía informada de manera completa y veraz. Dicha Observación General le otorga al derecho a la libertad de expresión y acceso a la información un sentido instrumental al establecer que el mismo es garantía para el ejercicio de una variedad de derechos. En relación con el derecho al sufragio establece que es de vital importancia contar con información clara sobre el procedimiento de elección, que es lo que se vota y a quienes se vota, y en especial, en el caso de reelecciones de funcionarios, contar con la mayor información posible sobre la gestión anterior en miras a renovar la confianza o no. Y con respecto al derecho a ser elegido en elección popular y a ocupar cargos públicos, reconoce que es indispensable la claridad y publicidad de la información referida a la constitución de partidos políticos y el acceso al empleo público por concursos.

En relación a la libertad cultural de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas reconocidas en el artículo 27 del PIDCP, la mencionada observación señala la importancia que tiene el intercambio de información y la consulta previa en decisiones gubernamentales que pueden afectar la vida de estos grupos. Este articulo, junto al Convenio 169 de la OIT, la Declaración de ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el principio de libre determinación constituyen la base del deber de consulta previa e informada en relación a los pueblos indígenas y las intervenciones

[13] Art. 19 "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

externas que puedan afectar su territorio. Esta compleja conflictividad no es nueva y está marcada por el afán de explotación de los recursos naturales que muchas veces se extiende a la propiedad ancestral de los pueblos originarios.

La participación política y el derecho a la libre determinación tienen como correlato un derecho a la autonomía colectiva y a continuar con sus tradiciones y estructuras culturales y a intervenir adecuadamente en la toma de decisiones que los afecten como comunidad. En esta línea, ha sido muy importante la jurisprudencia desarrollada por los órganos del sistema interamericano. La provisión de información clara, oportuna y suficiente es condición indispensable para garantizar adecuadamente el derecho a la consulta previa y el ejercicio del derecho a la propiedad colectiva sobre sus territorios y otros derechos humanos que podrían resultar afectados. En el caso Comunidades Indígenas Mayas, la CIDH consideró que el Estado de Belice violó derechos reconocidos por la Declaración Americana al otorgar concesiones madereras y petroleras en las tierras Mayas del Distrito de Toledo sin consultas sustanciales con el pueblo Maya ocasionando un grave daño al medio ambiente del territorio. La Comisión entendió que al no establecer consultas sustanciales con este pueblo en relación con las concesiones madereras y petroleras en el Distrito de Toledo, las cuales dieron lugar a efectos ambientales negativos, violó otros varios derechos humanos, incluido el derecho a la vida, el derecho a la libertad de religión y culto, el derecho a la familia y a su protección, el derecho a la preservación de la salud y el bienestar, y el "derecho a la consulta" implícito en el artículo 27 del PIDCP, el artículo XX de la Declaración Americana, y el principio de libre determinación.

En el caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador resuelto por la Corte IDH, el Estado otorgó un permiso a una empresa petrolera para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Sarayaku, sin que se hubiere consultado previamente con éste y sin su consentimiento, iniciándose las fases de exploración petrolera, inclusive con la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena, creando una situación de riesgo para la población e impidiendo con esto buscar medios de subsistencia y limitando sus derechos de circulación y de expresar su cultura.

Dicho caso tuvo la particularidad de que por primera vez en la historia de la Corte se realizaron diligencias en el lugar del hecho. Una delegación del Tribunal encabezada por su Presidente visitó el territorio Sarayaku en el Ecuador con el propósito de obtener información adicional acerca de la situación de las presuntas víctimas y de los lugares en que habrían ocurrido algunos de los hechos alegados. En la resolución, la Corte entendió que el artículo 21 de la CADH protege no solo la propiedad entendida clásicamente sino también la propiedad comunitaria propia de la cultura indigenista que implica una relación estrecha del pueblo con el territorio y los recursos naturales y como salvaguarda de este derecho los Estados tienen la obligación de

> Realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados[14].

Por último, la Corte analizó el significado de "consulta informada" entendiendo que la información que se debe brindar es la relativa a los riesgos del plan a desarrollar para el ambiente y la salubridad del pueblo y cuando ésta no es brindada satisfactoriamente no puede haber un diálogo pleno entre las partes afectándose el derecho de participación en las decisiones.

También la Observación General N° 32 adoptada por el Comité de Derechos Humanos de ONU referida al derecho a las garantías procesales reconocidas en el artículo 14 del PIDCP, establece una serie de garantías judiciales vinculadas con el acceso a la información que los estados deben respetar en el marco de una acusación penal. Entre ellas el derecho de toda persona acusada de un delito a ser informada de las causas y los cargos imputados. También el derecho a ser informado funciona como garante de otras garantías ya que es indispensable que aquella persona acusada de un delito sepa que tiene

[14] CORTE IDH, "SARAYAKU vs. Ecuador, Párr. 165.

derecho a una defensa preparada por un abogado, a ser juzgado sin dilaciones indebidas y a ejercer el derecho de revisión de la sentencia.

Por otro lado, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad remarca la importancia del acceso a la información como garantía para la inclusión de estas personas en la sociedad. Así el artículo 4 inciso h establece como una de las obligaciones generales que los Estados Partes se comprometen a proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobreapoyos y servicios para la vida independiente. Los apoyos para la Convención, son sistemas y mecanismos que otorgan mayor independencia a las personas con discapacidad y también en casos, facilitan la toma de decisiones he incluyen a sistemas tecnológicos y dispositivos de comunicación alternativa así como asistentes personales o apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones a fin de evitar la sustitución de voluntad a través de procesos de insania. Estos sistemas contribuyen a aumentar la vida independiente y el ejercicio de la capacidad jurídica y por ende, la información sobre esta variedad de servicios es indispensable para el ejercicio de los derechos. En este sentido es muy importante el papel de los distintos ministerios y obras sociales brindando información clara y precisa sobre la existencia y tramitación de estas prestaciones.

Cabe resaltar que en el caso *Furlan vs Argentina* la Corte IDH incluyó como medida de reparación que en el momento en que a una persona se le diagnostica una discapacidad, le debe ser entregada a ella o a su grupo familiar una carta de derechos que resuma en forma sintética, clara y accesible los beneficios que contempla la normatividad nacional.

También la Convención dedica el artículo 21 a reconocer el derecho a la libertad de expresión y acceso a la información de las personas con discapacidad. Para dar cumplimiento a este artículo, Argentina ha dictado la Ley de Acceso a la Información Web (Ley 26.653) y su decreto reglamentario 355/2013, por la que los tres poderes del estado "deberán respetar en los diseños de sus páginas Web las normas y requisitos sobre accesibilidad de la información que faciliten el acceso a sus contenidos, a todas las personas con discapacidad".

6. La producción de información para la determinación y el cumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos

Con la adopción de los diferentes instrumentos universales y regionales de protección de derechos humanos los estados han incorporado una variada gama de obligaciones jurídicas en materia de derechos fundamentales. Principios jurídicos como la igualdad y la no discriminación, la prohibición de la tortura, la prohibición de violencia contra la mujer, la incorporación de los DESC o la inclusión de las personas con discapacidad, como para mencionar algunos ejemplos, conlleva por parte de los estados la puesta en marcha de un cúmulo de políticas públicas destinadas a dar realización a los derechos humanos.

Brindar información sobre estas cuestiones permite a la sociedad saber si los gobiernos están adoptando medidas para cumplir con las obligaciones internacionales. De manera que quienes están en el poder están obligados a explicar y justificar sus acciones ya que ésta es la base de la rendición de cuentas en sentido vertical. Las protestas, el cabildeo o el litigio son algunas de las estrategias que ha desarrollado la sociedad para exigir que los funcionarios den cuenta de lo hecho y adopten diferentes políticas.

En materia de derechos económicos, sociales y culturales, la información es fundamental para evaluar el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los estados. Sabido es que la índole de las obligaciones de los estados en esta materia es sustancialmente más débil que en materia de derechos civiles y políticos. Del análisis hermenéutico del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Observaciones Generales 3 y 9 del Comité DESC, intérprete natural del Pacto, surge que los estados se han obligado a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles, para garantizar de forma progresiva la plena efectividad de los derechos allí reconocidos.

Sin duda, el rol de la información es fundamental en perspectiva de litigio. El conocimiento veraz sobre la implementación de políticas públicas es el primer paso para la evaluación de la progresividad, ya que para esto es necesario conocer el estado anterior de la situación de derechos así como los avances en la materia. En cuanto a la efectividad de las políticas, es necesaria la elaboración de

índices y estadísticas y la veracidad en la construcción de datos y en la metodología empleada. En este sentido, la producción de información en relación a los derechos humanos no sólo resulta útil para la evaluación de los ciudadanos sino que también es vital para una adecuada gestión y planificación pública ya que ayuda a detectar problemas y a diseñar estrategias para superarlos.

7. Restricciones al derecho de acceso a la información

Los órganos del sistema interamericano han realizado un amplio trabajo convencional, extra-convencional y jurisprudencial a fin de proteger este derecho y delimitar los estándares jurídicos que rigen en los países miembros de las Américas[15].

En los casos *Velázquez Rodríguez vs Honduras*[16], *Claude Reyes vs Chile*[17], y *Gomes Lund vs Brasil*[18], entre otros, la Corte IDH estableció los principios y limites que rigen la materia, entre ellos el de máxima divulgación, derecho a la verdad y buena fe. Asimismo, el DAIP se encuentra comprendido en el derecho a la libertad de

[15] Resolución AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003 sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia"; Resolución AG/RES. (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004 sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia"; Resolución AG/RES. 2121 (XXXV-O/05) de 7 de junio de 2005 sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia"; y AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006 sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia"; Carta Democrática Interamericana aprobada por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001 en el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones celebrado en Lima, Perú; Declaración de Nuevo León, aprobada el 13 de enero de 2004 por los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas, en la Cumbre Extraordinaria de las Américas, celebrada en la ciudad de Monterrey, Estado de Nuevo León, México; "Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión" Relataría para la Libertad de Expresión; Estudio Especial Sobre el Derecho de Acceso a la Información.

[16] Párr. 166,172,174,176,177.

[17] Párr. 58, 86.

[18] Párr 137 a 141. 183 a 213.

expresión, por lo tanto procede similar análisis en materia de restricciones[19].

El principio de máxima divulgación ha sido reconocido como un principio rector del derecho de información contenido en el artículo 13 de la CADH[20]. En palabras del Comité Jurídico Interamericano, "toda información es accesible en principio. El acceso a la información es un derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto sólo a un régimen limitado de excepciones"[21]. Como se ve, la publicidad de la información es la regla y debe estar sometido a un estricto régimen de excepciones interpretadas restrictivamente.

La Corte Interamericana ha resaltado en su jurisprudencia que el principio de máxima divulgación

> Establece la presunción de que toda información es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones, las cuales deben estar previamente fijadas por ley, responder a un objetivo permitido por la Convención Americana, y ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo.

Por lo tanto, las limitaciones deben ser excepcionales, estar consagradas legalmente, perseguir objetivos legítimos, necesarias en una sociedad democrática para el logro de fines imperiosos, estrictamente proporcionada a su finalidad e idónea para el logro de tales fines.

La Corte Interamericana ha establecido que el Estado tiene la carga de la prueba de demostrar que las limitaciones al acceso a la

---

[19] CORTE IDH, "PALAMARA IRIBARNE vs Chile", Párr. 85, y "LOPEZ ALVAREZ vs. Honduras", Párr. 163, 164, 165.

[20] CORTE IDH, "El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano".

[21] CJI/RES.147 (LXXIII-O/08) ("Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información"), Numeral 1

información son compatibles con las normas interamericanas sobre libertad de expresión.

En cuanto a la consagración legal de las excepciones, la Corte Interamericana ha establecido en la Opinión Consultiva OC-6/86, que la expresión *leyes* no significa cualquier norma jurídica, sino actos normativos generales adoptados por el órgano legislativo constitucionalmente previsto y democráticamente elegido, según los procedimientos establecidos en la Constitución, ceñidos al bien común. Por lo tanto los supuestos de excepciones que no hayan sido establecidos por leyes del Congreso no son compatibles con la CADH.

> En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general[22].

Los objetivos permitidos por la Convención Americana en el artículo 13.2 son: asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás, proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. Por lo tanto parecería que el establecimiento de supuestos no enumerados por la CADH no serían compatibles con ésta.

La restricción necesaria en una sociedad democrática para satisfacer un interés público imperativo se encuentra condicionada por la elección de la restricción que limite en menor medida el acceso a la información. Esa restricción debe ser proporcional al interés que la justifica e idónea para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo. En relación al requisito de proporcionalidad, se debe realizar una prueba de proporcionalidad, conocido como *test tripartito*, que requiere de la superación de los siguientes requisitos: a) que la restricción se vincule con un objetivo legítimo, b) el estado debe demostrar que la divulgación constituye una amenaza efectiva al objetivo, y c) en la

[22] CORTE IDH, OC-6/86. Párrs. 26-29.

realización del balance debe ser más importante proteger el objetivo que el interés público de conocer esa información.

En el caso *Palamara Iribarne vs Chile*, la Corte IDH entendió que la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, son válidas si están orientadas a satisfacer un interés público imperativo y que entre la diferentes opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. En palabras de la Corte, "la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión"[23].

Todo lo dicho hasta aquí en materia de restricciones, tiene una enorme trascendencia en relación al control de constitucionalidad. El test elaborado por la Corte IDH permite afirmar que cuando el Estado niega el derecho de acceso a la información con fundamento en alguna norma, dicha norma debe ser sometida a un control estricto de constitucionalidad ya que el nivel de sospecha de inconstitucionalidad aumenta considerablemente. Como novedad, el análisis expuesto ha sido utilizado por el Ministro de la CSJN, Enrique Petracchi en su voto en el caso de la Ley de Medios[24].

8. El DAIP en la legislación argentina

Argentina no cuenta con una ley marco de acceso a la información pública aplicable a todo su territorio y a todos los poderes del estado[25], que recepte como piso mínimo los principios generales

---

[23] En igual sentido, Caso *López Álvarez vs Honduras*. Párr. 165.

[24] *Grupo Clarín SA y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otros s/acción meramente declarativa*. Voto del Ministro Petracchi. Consid. 19.

[25] Esto se debe a la falta de voluntad política del Congreso para aprobar los proyectos presentados. Algunos de ellos surgieron en el año 2001 en el programa "Elaboración participada de normas" impulsado por la Oficina Anticorrupción. El 28 de septiembre del 2004, Día internacional del acceso a la información, varias ONG se reunieron en la puerta del Congreso y colgaron de perchas, copias de la carátula del proyecto de ley y un cartel con la leyenda "por favor, no cuelguen la ley de acceso a la información".

establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos; por lo que el DAIP queda supeditado a lo que cada jurisdicción regule.

El decreto 1172/03 reglamenta el acceso a la información pública en la órbita del poder ejecutivo nacional. Por el mismo, toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información sin tener que demostrar un derecho subjetivo ni interés legítimo. Asimismo, establece como sujetos obligados a los organismos, empresas y entidades que funcionan bajo la órbita de ese poder, así como organizaciones privadas que reciban subsidios del estado nacional y empresas que bajo cualquier forma contractual se les haya otorgado la prestación de un servicio público o la explotación de un bien de dominio público. La Oficina Anticorrupción es la encargada de recibir denuncias por el incumplimiento de la norma y se establece como autoridad de aplicación la Subsecretaria para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Por otro lado, el decreto establece una serie de restricciones al DAIP y esto constituye un problema por no ser conforme a la doctrina interamericana. En esto me remito a lo desarrollado sobre restricciones y la necesidad de que las mismas se encuentren establecidas en una ley.

En el caso del Poder Judicial de la Nación, el acceso a la información de sentencias, acordadas y resoluciones administrativas se rige por las Acordadas N° 15 y 24 del 2013 y por la Ley 26.856.

En los órdenes locales varias jurisdicciones carecen de normativa en la materia o tienen normas que no siempre se adecuan a los principios desarrollados por los órganos del sistema interamericano. Algunas provincias que cuentan con leyes de DAIP son Chubut (Ley 3.764); Córdoba (Ley 8803); Jujuy (Ley 4.444); La Pampa (Ley 1612); Río Negro (Ley 1.829 y Ley 3.441); Santiago del Estero (Ley 6715); Tierra del Fuego (Ley 653); y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 104).

En el caso de la Provincia de Buenos Aires, la Ley 12.475 desvirtúa el derecho de acceso a la información al establecer como requisito de quien pretende acceder a documentos administrativos debe contar con interés legítimo. Cabe resaltar que la Corte Interamericana en el caso Claude Reyes vs Chile ha sostenido que en las solicitudes de información no es necesario acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal.

9. Conclusiones

El derecho de acceso a la información pública suele ser considerado un derecho débil o sin importancia, de esos escasos en marketing que no venden mucho en el ámbito de los derechos humanos. No vemos sangre ni una cara triste si un gobierno es poco transparente. Sin embargo su vigencia es una pieza clave para el modelo de democracia que deseamos seguir construyendo y para el ejercicio de los derechos humanos.

Por esto es imprescindible crear las condiciones necesarias sancionando una ley de acceso a la información respetuosa de los estándares internacionales y que funcione como norma marco para todas las jurisdicciones reconociendo el acceso a la información de forma igualitaria. Pero dicha norma debe ser el resultado de un debate social que pueda ser capaz de generar la suficiente voluntad política para que no sea guardada junto a tantas otras, en el baúl de las leyes sin uso. Para esto también es conveniente la capacitación de los funcionarios sobre el derecho de acceso a la información.

Por otra parte, en algunos países se han instalado órganos para la transparencia que funcionan como garantes del acceso y evitan el reclamo judicial. Organismos como el Consejo para la Transparencia en Chile o el Instituto Federal para el Acceso a la Información Pública en México son algunos modelos, que garantizan un alto grado de vigencia de la ley.

Por último, el estado tiene que ser confiable en la construcción de datos ya que la veracidad y confiabilidad de la información son cualidades indispensables para un pleno ejercicio del DAIP.

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA FÓRMULA "EN LAS CONDICIONES DE SU VIGENCIA" A VEINTE AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Agustina G. Pérez •

1. Introducción

A 20 años de la reforma constitucional, la fórmula "en las condiciones de su vigencia" funciona como brújula central en el proceso de humanización del derecho.

En el presente artículo, nos proponemos hacer un repaso de los argumentos que se han utilizado a lo largo de estos años para justificar la interpretación de este principio y cómo éste ha contribuido, al mismo tiempo, a afianzar el respeto por los derechos humanos.

Para ello, se pretende realizar un análisis de la interpretación judicial de dicha regla prevista en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (CN) de nuestro país, abarcando las interpretaciones que ha hecho el máximo tribunal argentino, así como las distintas cámaras de apelaciones de la República Argentina, desde 1994 hasta el reciente (y discutido) fallo "F.A.L s/ medida autosatisfactiva" que dictó la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en 2012[1].

• Abogada. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Docente ordinaria por concurso en la asignatura Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Docente por extensión de funciones en las asignaturas Ètica Aplicada y de la Abogacía, y Filosofía del Derecho de la misma Facultad. Maestranda en Derecho Privado. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Integrante del Instituto de Estudios Jurídicos y Sociales (IEJUS) de la Facultad de Derecho de la UNICEN. El tema del trabajo fue expuesto en una ponencia presentada en el I Congreso Interdisciplinario sobre Vulnerabilidad y Derecho, realizado los días 6, 7 y 8 de mayo de 2014 en Rosario, Santa Fe.

[1] En rigor de verdad el último fallo en que la CSJN nombró el precepto en estudio fue en "CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de

2. Interpretación judicial de la ley

La interpretación judicial de la ley es la llevada a cabo por los jueces para el caso concreto sometido a su conocimiento y decisión. Salvo en los fallos plenarios, solo vale para las partes involucradas en la controversia.

La interpretación judicial de la ley, según indica Zuleta Puceiro)[2], puede ser analizada desde sus dos perspectivas inescindibles: como resultado o producto de una actividad determinada del órgano judicial y también como actividad “disciplinada a una serie de reglas que permiten tipificarla y calificarla como ‘aplicación del derecho’”, lo que equivale a decir que existe una “interpretación actividad” que consiste en la atribución de sentido, alcance, precisión, etc. a la norma y una “interpretación producto” que viene a ser el conjunto de operaciones que preparan dicha actividad interpretativa.

En cualquier caso,

> Lo importante es distinguir entre, por un lado, actividad interpretativa, entendida como conjunto de operaciones intelectuales orientadas a la atribución de significado a un texto legislativo y, por el otro, argumentación interpretativa, aludiendo en forma expresa y escrita al desarrollo de las razones justificativas de la decisión adoptada. [Así] la actividad interpretativa tiene por objeto un texto normativo. La justificación versa, en cambio, sobre una tesis acerca del

---

Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut” del 06/08/2013. Sin embargo, dado que la frase fue mencionada sólo una vez y siguiendo la doctrina del fallo Giroldi –que se analizará a continuación- se decidió apartar este caso y finalizar con el fallo F.A.L. cuya riqueza interpretativa es insoslayable.

[2] En esta oportunidad se ha tomado de manera principal la obra *Interpretación de la Ley. Casos y materiales para su estudio* (ZULETA PUCEIRO, Enrique, La Ley, Buenos Aires, 2003, cf. p. 31) para llevar a cabo una clasificación de los distintos tipos de interpretación judicial que pueden darse, poniendo el énfasis en el discurso jurídico que cambia en los diferentes fallos que se enumeran a lo largo de la obra.

> significado en definitiva atribuido a ese texto (Zuleta Puceiro, 2003:39).

En esta oportunidad, consideraremos la interpretación judicial operativa como aquella realizada por el juez al momento de resolver el conflicto, decidirlo, aplicando una norma. Así, teniendo en cuenta que la Constitución es, por sobre todas las cosas,

> Un programa de vida colectiva. [Cuyas] normas configuran un conjunto de valores, declaraciones, (...) instituciones, standards [e instrumentos] éticos y políticos, (...) para equilibrar el ejercicio de los derechos y el funcionamiento del poder (...) la única forma cabal de entender las cláusulas constitucionales es, en consecuencia, proceder a una lectura sistemática, integral y armónica de sus instituciones y normas, que permitan iluminar lo que los ciudadanos y los poderes públicos pueden y deben hacer en el futuro (Zuleta Puceiro 2003:28).

Por tanto, si bien la Constitución es una ley en tanto norma jurídica -y por tanto es susceptible de ser interpretada judicialmente-, no es menos cierto que tiene un *status* diferenciado a la de ley o norma a secas pues tiene un fuerte complemento de valores, incluye una teoría sociopolítica y económica y, por sobre todo, regula hacia el futuro, en tanto pretende trascender los años y las conformaciones políticas de turno.

A esta posibilidad interpretativa, debemos sumarle el hecho histórico al que asistimos que se ha denominado *constitucionalización del derecho*, en tanto se espera que la ley sea una forma de hacer actuar la Constitución –¿y la Constitución una forma de hacer actuar los compromisos internacionales?-, que se traduce en que "los márgenes de la ley se reducen [y] crece en cambio, la fuerza normativa de la interpretación constitucional"[3]. Un vivo ejemplo de ello es el debate en la comisión bicameral del Congreso del Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial que establece en sus

[3] ZULETA PUCEIRO, Enrique, *op. cit.*, p. 30

fundamentos mismos (que no son, ni más ni menos que una guía interpretativa del cuerpo legal) que éste código sostiene, defiende y se erige sobre la *constitucionalización del derecho privado* estableciendo que

> La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina (Fundamentos,2012:441).

Como consecuencia de este proceso de cambios es lógico inferir que el significado y la interpretación que se da hoy a la fórmula *“en las condiciones de su vigencia”* a todas luces dista de ser parecida a la que se le dio inmediatamente después de la reforma constitucional. Ello, fundamentalmente, porque los sujetos y grupos en la sociedad globalizada son más conscientes de los derechos que tienen y cómo hacerlos valer y esperan respuestas del órgano judicial que sean acordes a la Carta Magna. Impacta en estos cambios la marcada influencia de la opinión pública expresada (pero también afectada) por los medios masivos de comunicación.

En cualquier caso, la decisión interpretativa tomada y la interpretación realizada en sí misma, no pueden sobrevivir si no se incorporan elementos de persuasión que la posicionen como la mejor solución posible dadas las condiciones especiales del caso. La justificación requerirá, entonces, elementos teóricos y prácticos relevantes puesto que

> Una decisión interpretativa que en principio no sea capaz de generar conciencia de razonabilidad, difícilmente pueda aspirar a generar conciencia de obligatoriedad. El objetivo de la justificación es mostrar que una tesis debe ser aceptada, sobre la base de razones relevantes transmitiendo a

> tal efecto informaciones, creencias, convicciones, precedentes y, en definitiva, razones para su aceptabilidad (Zuleta Puceiro, 2003:42).

En síntesis, dada la importancia de la interpretación judicial de la ley y su alto grado de impacto sobre la comunidad jurídica, es preciso que se tomen ciertos recaudos a la hora de exponer un tipo de razonamiento y su justificativo puesto que la solución que se de al caso concreto puede tener efectos disvaliosos para el resto del sistema en tanto la legitimidad que poseen los máximos órganos judiciales hace pensar que sus decisiones puedan generalizarse.

3. Tipos de interpretación judicial de la ley

Conocer, comprender y saber clasificar los distintos tipos de argumentos de interpretación de la ley[4] ayuda no sólo al juez a la hora de realizar su actividad sino que son de suma utilidad para los demás operadores del derecho, entre ellos los abogados, para realizar un análisis integral de las sentencias judiciales.

Para interpretar la ley contamos con directrices y argumentos. Las directrices son argumentos elevados, jerarquizados, que se han transformado en una directiva de interpretación y se encuentran algunas veces en el mismo cuerpo legal, otras en principios y algunas veces también en el prestigio del tribunal que las emite.

Zuleta Puceiro (2003:82,83) sostiene que las directivas de interpretación constituyen, en cierta manera, un elemento central de la *ideología* judicial, puesto que cristalizan en construcciones racionales justificatorias de tomas de posición basadas en valoraciones, prejuicios y posiciones de interés del estamento judicial.

Las directivas de interpretación, según este autor, son pues pautas de conductas que no son en sí mismas obligatorias pero tienen una función constitutiva y regulativa. Apuntan, por un lado, a facilitar la operación interpretativa a fin de otorgarle un significado concreto a

---

[4] Para teoría de la interpretación judicial puede verse también a LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho.* Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, entre otros autores relevantes.

la norma jurídica y por otro lado, no menos importante, se constituyen como el pilar fundamental para proveer razones que sustenten a las diversas alternativas posibles de decisiones interpretativas.

En última instancia, el discurso judicial no es apolítico[5]. Por el contrario, tiene un componente valorativo no sólo porque los órganos judiciales son uno de los tres poderes de la Nación sino también al pronunciarse desde un lugar de poder impacta en los distintos espacios sociales. No existe pues el discurso jurídico neutral: en una interacción social todo es relación y lo que hagamos o dejemos de hacer, digamos o silenciemos provocará una necesaria consecuencia.

Pero, ¿qué son, al fin y al cabo, los argumentos que dan nacimiento a estas directrices? Éstos son el resultado de los diferentes métodos que a lo largo de la modernidad se han creado con su consecuente sofisticación y especificidad. Entre ellos encontramos los argumentos lingüísticos ya sea que apunten al significado literal, ordinario o técnico de las palabras; los argumentos históricos que pueden ser psicológicos, históricos o del precedente; argumentos sistémicos dentro de los cuales encontramos el sistémico, el topográfico, el de la *plenitud hermética* o completitud del ordenamiento jurídico, el de la coherencia, el analógico, el dogmático y el de los principios generales del derecho; argumentos teleológico/evaluativos entre ellos el finalista, el naturalístico, el de las razones sustantivas, el equitativo, el pragmático, el económico, el de autoridad y el de la opinión dominante. Por otro lado encontramos el argumento *transcategórico* de la intención del legislador como así los argumentos retóricos entre ellos el a contrario, el *a simil ad simile*, el *a fortiori* y el *apagógico*.

En definitiva, y tal como habíamos adelantado, este artículo propone localizar cuáles de todos estos argumentos han sido utilizados por las cámaras de apelaciones y tribunales superiores de cada fuero pero principalmente por la CSJN, al momento de dictar sus sentencias. Con ello dejamos en claro que no se pretende realizar una exégesis de cada uno de ellos sino que el objeto de estudio se comprende por aquellos argumentos interpretativos que hayan sido utilizados para

---

[5] Para mayor abundamiento acerca del discurso jurídico puede verse, entre otros a RUIZ, Alicia, *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006.

sostener el alcance y significado de la fórmula *"en las condiciones de su vigencia".*

4. Interpretación judicial de la fórmula legal *"en las condiciones de su vigencia"*

A los fines de ordenar cronológicamente el desarrollo interpretativo de este precepto comenzaremos el análisis a partir del año 1994 cuando, mediante la reforma constitucional, fue introducida dicha fórmula, culminando con el reciente fallo "F.A.L s/medida autosatisfactiva" de la CSJN del año 2012[6].

Los casos analizados si bien no son transcriptos en su totalidad dado los fines que este trabajo se propone, sí retoman la idea principal para entender el marco en el que la fórmula a analizar se encuentra inserta.

A su vez, los fallos citados a continuación son los más relevantes a la hora de identificar los argumentos interpretativos que han ido exponiendo los tribunales acerca del mismo precepto a lo largo de estos veinte años de vigencia, permitiendo al lector y al operador del derecho hacerse una idea holística acerca del desarrollo interpretativo que se ha hecho de la fórmula *"en las condiciones de su vigencia"* establecida en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional en relación a los tratados internacionales de derechos humanos que allí se enumeran y que poseen jerarquía constitucional superior a las leyes o bien, al decir de Bidart Campos, conforman el *bloque de constitucionalidad.*

Entre los casos seleccionados se encontraron las siguientes interpretaciones:

---

[6] Caben aquí dos advertencias. La primera remite a la aclaración realizada en la introducción –ver nota 2-acerca de que si bien el fallo F.A.L no es el último en el que la CSJN se expidió acerca del precepto en cuestión, si es el último en el que recurrió a un análisis exhaustivo del mismo. La segunda, se refiere a la metodología de investigación aplicada en esta oportunidad y es que la búsqueda de jurisprudencia se ha realizado tomando como punto de partida la base de datos de La Ley online disponible bajo suscripción en la web.

- **CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE MORON, SALA II, “Munno, Pedro”, fallo del 07/12/1994, fallo Plenario, LL AR/JUR/1468/199.**

En dicha oportunidad se sometieron a consideración las siguientes cuestiones: “1ª ¿Es aplicable al caso de autos el régimen excarcelatorio previsto por la ley 24.390?” “2ª ¿Es procedente la excarcelación solicitada?” “3ª ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?”

En esta ocasión se estableció que las disposiciones de la Ley 24.390[7] (Adla, LIV-D, 4424), no podían ser consideradas aplicables en los procesos que se ventilen ante el Poder Judicial provincial pues el Congreso de la Nación, “ni aun por vía de reglamentación de tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional, puede legislar sobre materia procesal ni sobre las potestades de los órganos jurisdiccionales destinadas a regir en el territorio de la Provincia de Buenos Aires”.

Así, si bien los jueces dejaron en claro que sabían que el art. 9° de la ley citada "es reglamentaria del art. 7, punto 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) tampoco se escapa que el proyecto original, tras esa frase agregaba que estaba destinada a regir en todo el territorio de la Nación Argentina, acotación que en la ley sancionada fue suprimida”.

Aquí puede observarse un *argumento de tipo histórico psicológico* que procura, para contrariar la finalidad de la ley en cuestión, que el mismo constituyente a la hora de reformar la CN pudo y tenía en mente un agregado (que estaba destinada a regir en todo el territorio de la Nación Argentina) y lo omitió. Recurre así a los trabajos preparatorios de la fórmula en análisis.

Y continúan con una interpretación de *argumento sistémico sistemático* considerando al derecho como un todo cuando afirman que no podría ser de otra manera pues “si bien el actual inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional respecto de varios tratados internacionales, incluido el referido ‘supra’, declara que "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional" también

[7] Ley sobre Plazos de prisión preventiva del año 1994.

establece que ‘no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución’", reforzándolo con un *argumento sistémico dogmático y un argumento teleológico de autoridad* citando al constitucionalista Bidart Campos en cuanto dice:

> Y si bien parte de la doctrina sostiene que las normas de los tratados intencionales, reconocidos por la Constitución como ley suprema de la nación (art. 32, Constitución Nacional) son susceptibles de reglamentación por el Congreso Nacional con vigencia en todo el país, la doctrina que la admite, la limita a la hipótesis de que la reglamentación sea requerida para funcionar en el derecho interno, pero esa competencia se detendrá, como dice Bidart Campos (op. cit., p. 166) ‘ante situaciones en las que claramente resulta que la ley del congreso implica evidente invasión de la autonomía provincial.

Mezcla así con un *argumento retórico apagógico* reforzando la interpretación de manera tal que dado que el legislador es un ser racional no podría haber admitido la interpretación de un precepto que lleve inevitablemente a consecuencias contradictorias.

De esta manera el juez Eguiño concluye que se respetan las *condiciones de su vigencia* pues

> No se observa colisión alguna entre el ordenamiento provincial bonaerense y el del art. 7° punto 5° del Pacto de San José de Costa Rica que justifique la necesidad de una reglamentación de la cuestión por el congreso nacional, que sólo puede admitirse cuando, como se señalara más arriba, se hace imprescindible para la operatividad del derecho incorporado.

- **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, “Giroldi, Horacio D. y //otro s/recurso de casación”, fallo del 07/04/1995, LL AR/JUR/375/1995**

Este caso trata acerca del derecho a acceder a la vía recursiva que según la parte se da en algunos casos de penas en sede correccional y no en un tribunal en lo criminal sosteniendo que es violatorio del art. 16 CN y que

> El art. 459, inc. 2° del Código adjetivo, restringe la plena vigencia de las normas constitucionales que hacen a la garantía del debido proceso y a la defensa en juicio (art. 18 C.N.), al impedir a la Cámara Nacional de Casación Penal examinar cuestiones que afectan derechos de raigambre constitucional por razones de monto de penas, máxime cuando el art. 8, inc. 2°, apartado h) del Pacto de San José de Costa Rica, garantiza a todo imputado el derecho de recurrir ampliamente el fallo ante un tribunal superior (del Dictamen del Procurador General).

Así la CSJN recuerda en el considerando 5 que

> La reforma constitucional de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales (artículo 75, inciso 22, segundo párrafo), entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su ya recordado artículo 8º, párrafo 2º, inciso h, dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho ‘de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior’.

Recurre así a *un argumento sistémico de tipo sistemático, de armonización contextual y a cohaerentia.* En este orden, no se puede negar un derecho que ha sido establecido en un ordenamiento superior pues el derecho es un todo integrado, que a su vez debe ser interpretado a la luz de un sistema más amplio (el internacional y de jerarquía constitucional) y que en última instancia carece de antinomias.

Luego recurre a un *argumento histórico psicológico* en el considerando 11 cuando establece 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' (artículo 75, inc. 22, 2º 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.

A diferencia del caso anterior, podemos notar que la CSJN argumenta a favor de la coherencia del sistema y ese es el sentido que le da a la fórmula "*en las condiciones de su vigencia*".

Finalmente recurre fundamentalmente a un *argumento teleológico de autoridad* al citar una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconociendo su autoridad y diciendo

> En consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. (...) (opinión consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990)" (el énfasis me pertenece), destacando que "de ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales.

- **CAMARA NACIONAL CIVIL, Sala E, "Petric, Domagoj Antonio c. Diario Página 12", fallo del 22/06/1995, LL AR/JUR/872/1995**

El caso trata del *derecho a réplica* y si bien la Cámara no niega que tal derecho se encuentra establecido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, Tratado que tiene jerarquía constitucional, establece que "su aplicación debe hacerse en forma restrictiva para

evitar que pueda vulnerarse la libertad de prensa garantizada en el art. 14 de la Constitución Nacional".

Así, hace un análisis partiendo del *argumento lingüístico del significado literal* que establece que "el significado literal de un enunciado legislativo es el significado que se desprende de tomar los términos que lo componen en la aceptación directa de las palabras que lo componen" (Zuleta Puceiro, 2003:49), por ello sostiene que

> El art. 75, inc. 22 prescribe que todos los Tratados sobre Derechos Humanos, entre ellos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse 'complementarios' de los Derechos y Garantías por ella reconocidos".

Así la Cámara recurriendo a eufemismos y un pretendido análisis literal termina restringiendo la interpretación del precepto que dos meses antes había realizado la CSJN.

- **CAMARA NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL, Sala II, "Hussar, Otto c. ANSeS", fallo del 27/09/1995, LL AR/JUR/887/1995**

En el caso el tribunal analiza la

> (...) constitucionalidad del art. 24 de la Ley 24.463[8] (Adla, LV-C, 2913), que establece su aplicación inmediata a las causas en trámite y la conversión de las radicadas ante la Cámara de Apelaciones de la Seguridad Social que se encuentren pendientes de sentencia al procedimiento previsto

[8] Ley de Reformas al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Reforma a la Legislación Previsional. Movilidad de las prestaciones. Mejora de los haberes mínimos. Haberes máximo. Orden público. Derogación. Reforma al Procedimiento Judicial de la Seguridad Social. Otras Disposiciones. Año 1995.

> en esa ley. (...) El art. 24 de la Ley 24.463 (Adla, LV-C, 2913) es inconstitucional, pues retrogradar el proceso a una instancia precluída vulnera los contenidos estructurales de nuestra Constitución. (...) La interpretación de las leyes que modifican la competencia debe practicarse de tal modo que la estabilidad de los actos jurídicos procesales no resulta afectada, ni quebrantadas las garantías constitucionales de las partes.

La Cámara, sobre todo en el voto del juez Fernández, va a sostener su postura apelando a lo resuelto por la CSJN en el fallo Giroldi (ya expuesto anteriormente) de amplia repercusión tanto en el ámbito del derecho como en la sociedad toda. Es decir, va a utilizar un *argumento teleológico de autoridad,* adhiriendo completamente al razonamiento establecido en aquél para interpretar el precepto "*en las condiciones de su vigencia*".

- **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, "Priebke, Erich s/ solicitud de extradición", fallo del 02/11/1995, LL AR/JUR/1332/1995.**

En el caso la República de Italia había solicitado la extradición de un ex militar alemán, con el fin de someterlo a proceso por su posible participación en el hecho conocido como la matanza de las Fosas Ardeatinas ocurrido el 24 de marzo de 1944, en el cual habrían perdido la vida 335 ciudadanos italianos. Ese pedido ingresó a la Corte Suprema en virtud del recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de Cámara que revocó el fallo de primera instancia que había concedido la extradición. El Tribunal, por mayoría, revocó la sentencia, haciendo lugar a la solicitud.

La CSJN en su cons. 39 recurre a analizar el contexto en que nuestra Constitución fue creada, luego reformada y, principalmente, de dónde se obtuvo el modelo para crearla. Así concluye que el modelo constitucional es casi una réplica del americano pero que a diferencia del sistema de los Estados Unidos de América

> En el que el constituyente le atribuyó al Congreso la

> facultad de ‘definir y castigar’ las ‘ofensas contra la ley de las naciones’ (artículo I, Sección 8), su par argentino al no conceder similar prerrogativa al Congreso Nacional para esa formulación receptó directamente los postulados del derecho internacional sobre el tema en las condiciones de su vigencia y, por tal motivo, resulta obligatoria la aplicación del derecho de gentes en la jurisdicción nacional -que así integra el orden jurídico general- de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la ley 48 ya citado.

De esta manera la Corte recurre a al *argumento histórico psicológico* y, en alguna medida al *argumento lingüístico del significado literal*, para interpretar lo que dice y lo que quiere decir el precepto en estudio.

- **CAMARA CIVIL Y COMERCIAL DE SANTA FE, Sala III, “T., J. A. y otra s/ adopción plena”, fallo del 21/12/1995, LLAR/JUR/1723/1995.**

El conflicto del caso se plantea en tanto la norma prohibitiva de la adopción de nietos por sus abuelos, contenida en el art. 5° inc. b) de la ley 19.134, debe considerarse derogada por la normativa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por nuestro país y aprobada por Ley 23.849 (Adla, XXXI-B, 1408; L-D, 3693), la que a partir de la vigencia de la Constitución Nacional reformada en 1994, que en su art. 75 inc. 22 dispone que dicha Convención reviste el carácter de norma jurídica con jerarquía constitucional, tiene operatividad inmediata, sin requerir de pronunciamiento expreso de otra índole, bastando su aplicación al caso concreto para hacerle surtir sus plenos efectos.

De esta manera, la Cámara de Santa Fe recurre a un *argumento netamente lingüístico de tipo significado literal* que, como dice Zuleta Puceiro “suele ser invocado sin auxilio de ningún otro argumento” (2003:49). De esta manera el tribunal dictaminó que

> A partir de la vigencia de la Constitución Nacional

reformada en 1994, que en su art. 75 inc. 22 establece que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, y en la enumeración que luego hace refiere expresamente a la Convención sobre los Derechos del Niño; y dispone que en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, la Convención referida es ahora norma jurídica con la jerarquía que el citado precepto constitucional le otorga expresamente; consecuentemente, en este caso particular en que -conforme se reseñara- el mayor óbice legal que advierte la apelante estaba configurado por la norma prohibitiva de la adopción de nietos por sus abuelos, contenida en el art. 5° inc. b) de la Ley 19.134, debe considerarse derogada por la normativa de la Convención Internacional, ratificada por nuestro país y aprobada por Ley 23.849, por tener operatividad inmediata, sin requerir de pronunciamiento expreso de otra índole, bastando su aplicación al caso concreto para hacerle sufrir sus plenos efectos.

- **CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE SAN JUAN, "G., J. p/violación agravada en perjuicio de M.A.G. Casación", fallo del 18/06/1998, LL AR/JUR/3996/1998.**

El presente caso trata de la garantía de asistencia letrada contenida en la Constitución Provincial, el Código Procesal de la Prov. de San Juan y en los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional así como también de la garantía de la doble instancia que la Corte considera debe analizarse en el caso ampliamente.

Aparece el *argumento teleológico finalista* en la sentencia sanjuanina pues si bien enumera varias veces el precepto *"en las condiciones de su vigencia"* como una muletilla, como algo inescindible del art. 75.22 CN, en lo que respecta a los derechos conculcados en el caso, establece que *"en las condiciones de su vigencia"* debe ser interpretado de manera más amplia pues la asistencia letrada contenida dentro de estos tratados con jerarquía constitucional "requiere (...) un mínimo de seriedad y eficacia como para que su

observancia no sea una mera formalidad hipócrita, cargando a la mala fortuna del procesado las consecuencias de las omisiones o deficiencias de su defensa”. En este orden de ideas, debe analizarse el argumento utilizado buscando el “fin general de la materia o institución regulada, lo cual supone una visión más amplia de la *ratio legis*, procurando determinar finalidades que presiden la materia de la que el precepto forma parte [así como] los fines de la sociedad en el momento en que se interpreta el precepto” (Zuleta Puceiro, 2003:60).

- **CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE SAN JUAN, “F. c. G., G. E.”, fallo del 07/08/1998, LLAR/JUR/3997/1998.**

Dos meses más tarde el mismo tribunal, la Corte de Justicia de San Juan, volvió a tener la oportunidad de analizar este precepto. En este caso se debatía acerca aplicación de la Ley de Plazos de Prisión Preventiva (Ley Provincial 24.390).

Sumariamente se puede extraer del caso que

> La Convención Americana sobre Derechos Humanos -como los demás tratados enumerados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional- tienen jerarquía constitucional *‘en las condiciones de su vigencia’,* es decir, interpretadas sus normas conforme a los criterios de los organismos y tribunales internacionales. En ese orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe N° 2/96 (Capítulo VII ‘Conclusiones y Recomendaciones’) estima que el dictado de la Ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423) es ‘una muestra inequívoca de buena voluntad’ del Estado argentino respecto al cumplimiento de la garantía de un término razonable del proceso penal, lo que en los hechos se tornaría ilusorio si se interpretara como solamente vigente en jurisdicción nacional. Las autoridades provinciales ‘están obligadas a conformarse a ellas’ (art. 31, Constitución Nacional) [puesto que] la autonomía de los Estados provinciales cede ante la soberanía única de la Nación amparada por la Constitución como principio fundamental de la unidad jurídica de la república dentro del régimen federativo. [Ergo] debe declararse la plena

vigencia de la Ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423) en todo el ámbito del territorio de la Provincia de San Juan.

Como podemos ver el presente caso se para en la vereda opuesta al fallo plenario de la Cámara Criminal y Correccional de Morón "Munno, Pedro" del año 1994, que fue la primera sentencia analizada en la presente exposición.

La Corte en este caso utiliza, en un primer momento a un *argumento teleológico de autoridad* citando un Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, y a diferencia del fallo anterior, encontramos que un tribunal provincial expresamente establece que el precepto refiere a que las normas deben ser interpretadas *conforme a los criterios de los organismos y tribunales internacionales*. Cuestión que, como veremos más adelante, el reciente fallo F.A.L deja totalmente en claro. Recurre así, en última medida a un *argumento sistémico sistemático*.

En este orden de ideas, podemos observar que el tribunal cita reiteradas veces sentencias dictadas por la CSJN, en especial al caso Giroldi considerandos 11 y 12 (ya previamente citados) así como a numerosos casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luego apela a un *argumento sistémico de la armonización contextual* cuando ordena el razonamiento y el significado del precepto en consonancia con la Constitución Nacional, pues hace un análisis exhaustivo que relaciona y armoniza el precepto con la Carta Magna minimizando cualquier tipo de contradicción.

- **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, "Acosta, Claudia B. y otros s/ hábeas corpus", fallo del 22/12/1998, LL AR/JUR/2429/1998.**

En el presente caso personas juzgadas por los hechos del copamiento al Cuartel de La Tablada en 1989 promovieron acción de habeas corpus tendiente a obtener la libertad ambulatoria, pese a la condena firme dictada en su contra, con sustento en una recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, relativa al derecho de apelación en los términos del Art. 8.2.h) de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Rechazada esta pretensión en las instancias ordinarias, la defensa interpuso recurso extraordinario federal. Concedido el mentado remedio procesal, la CSJN confirmó la sentencia impugnada.

La Corte cita sus sentencias del Caso Giroldi y Bramajo donde había establecido 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. Añadió que por ello la aludida jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.

Así la CSJN introduce un *argumento histórico del precedente* pues ya no se trata de un análisis primario sino de la referencia a argumentos de autoridad ya realizados.

Luego, concordantemente con la lógica expuesta, recurre a informes de la Comisión y opiniones consultivas de la Corte Interamericana para fundamentar sus dichos a la hora de solucionar la cuestión especial sometida a su pronunciamiento optando así, nuevamente, por un *argumento teleológico de autoridad.*

- **CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL, Sala IV, “Abatemarco, Jorge E. s/ recurso de casación”, fallo del 05/03/1999, LL AR/JUR/898/1999.**

En el presente caso la Cámara Nacional de Casación en lo Penal, tenía que resolver acerca del derecho de defensa del imputado

y su facultad para "interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo", concluyendo que la garantía constitucional de la defensa en juicio se armoniza, sin esfuerzo, con la insoslayable necesidad de brindar a la víctima el marco adecuado para que se manifieste libre de toda coacción.

En este orden de ideas observamos que el derecho a la defensa en juicio se encuentra establecido en los tratados incorporados en el art. 75.22 CN. Así, en primera medida en el voto de la Dra. Berraz de Vidal, se lee la fórmula harto conocida que dice que

> Corresponde primeramente aclarar que los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22 de ese cuerpo normativo, "en las condiciones de su vigencia", tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de nuestra Carta Magna y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, los que amplían y completan extendiendo así el marco de protección de los Derechos Fundamentales.,

Este discurso que sale de la letra de la Constitución podría decirse que utiliza, entonces, a un *argumento lingüístico de significado literal.*

Luego recurre a un *argumento teleológico de autoridad y argumento histórico del precedente* al citar un fallo de la CSJN en el cual se analizaba la voluntad del constituyente que introdujo el precepto y que “no derogan artículo alguno de la primera parte” de la CN.

- **CAMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, “Rabinovich, Ricardo D. s/ amparo” fallo del 03/12/1999, LL AR/JUR/1589/1999.**

En este famoso caso se determina que los embriones in vitro son personas y se les designa un curador, el Dr. Rabinovich.

En el presente se utiliza la fórmula *“en las condiciones de su vigencia”* para aludir al análisis literal de la norma en cuestión (derecho a la vida, art. 4 inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y las reservas del Estado argentino al momento de ratificar el tratado.

En este sentido recurre a un *argumento lingüístico de significado literal* tanto para interpretar el precepto como el derecho.

De este modo la Cámara, en los albores del siglo XXI, realiza un análisis que supone a todas luces un fragrante retroceso respecto del caso Baby Boy de 1981 donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos había interpretado el mismo artículo de la Convención y de las interpretaciones que la CSJN ya venía haciendo al respecto de los tratados internacionales desde el Caso Giroldi.

- **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, “Bárcena Alicia S. c. Provincia de Buenos Aires”, fallo del 20/09/2000, LL AR/JUR/1138/2000.**

El presente caso puede resumirse en que

> Debe declararse la inconstitucionalidad del art. 18 del dec 7881/84, reglamentario de la ley orgánica del IOMA, por conferir distinto trato a varones y mujeres afiliados directos respecto de la afiliación de sus cónyuges, pues resulta discriminatoria y viola el principio de igualdad al reconocer al sexo como única causa del distingo sin motivos razonables que lo justifiquen” (del voto del doctor Hitters).

Se establece que el principio de igualdad se encuentra contenido tanto en la Constitución Nacional art. 16 como en los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75.22 CN que gozan de jerarquía constitucional.

La SCBA opta por recurrir a la jurisprudencia de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos para analizar el principio de igualdad, optando así por un *argumento teleológico de autoridad* para hacer jugar el precepto *“en las condiciones de su vigencia”.*

Luego, para hacer una interpretación estricta del precepto, invoca el Caso Giroldi apelando a un *argumento teleológico de autoridad.*

- **CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL, Sala II, “Felicetti, Roberto y otros s/ revisión”, fallo del 23/11/2000, LL AR/JUR/1349/2000.**

El presente caso trata del derecho de recurrir la sentencia penal, y dice: “las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -entre las cuales se encuentra el art. 8º, inc. h), que garantiza a todo condenado en proceso penal el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior-, en virtud de su incorporación en las condiciones de su vigencia a nuestra Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) constituyen normas jurídicas de derecho interno y como tal sujetas a la interpretación final de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” y luego cita fallos de la CSJN para hacer hincapié en su decisión, entre ellos el fallo Acosta que ya sometimos a consideración en la presente exposición.

Podemos observar entonces que la Cámara esgrime a un *argumento teleológico de autoridad y argumento histórico del precedente*, respecto de lo dictaminado por la CSJN en otros casos. De hecho lo deja establecido expresamente cuando dice “siendo que, aun considerando -como se ha sostenido- que los tratados internacionales a los que la Constitución Nacional ha incorporado en las condiciones de su vigencia son de derecho interno, también le corresponde a ella [CSJN] fijar la interpretación constitucional final como órgano judicial supremo de la Nación (Fallos 12:134)”. Así, cita un precedente que realiza una *argumentación sistémica sistemática* que analiza la constitución como un todo determinando así las funciones y facultades de la CSJN.

Finalmente, podemos observar que recurre al *argumento sistémico dogmático* al citar en su análisis a un doctrinario y su obra, en este caso Carlos E. Colautti.

- **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, “B., A. s/ autorización judicial”, fallo del 22/06/2001, LL AR/JUR/2904/2001.**

Aquí una mujer solicitaba autorización judicial para inducir un parto o efectuar cesárea que anticipara el nacimiento de un feto anencefálico con anomalía congénita, letal e irreversible. Alegaba también *stress* agudo que ponía en riesgo su salud y la integridad del núcleo familiar. La SCBA revocó el fallo desestimando la autorización pues “no existiendo riesgo para la vida de la madre, (…) ello importaría provocar la muerte precoz de un ser humano por el solo hecho de ser diferente a la mayoría de sus congéneres” (del voto del doctor Pettigiani).

Establece que, si bien el constituyente estableció que los tratados del art. 75.22 CN rigen “*en las condiciones de su vigencia”*, éstas deben interpretarse conjuntamente con el art. 75.23 CN donde se establece que se debe “dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización el período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia” (cons. IX). Así recurre a una *argumentación sistémica de la plenitud hermética* el derecho carece de lagunas y debe entenderse como un todo completo.

- **CAMARA NACIONAL FEDERAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala I, “Riveros, Santiago O. s/privación ilegal de la libertad y otros”, fallo de 07/08/2003, LL AR/JUR/3001/2003.**

> El juez de primera instancia rechazó la excepción de prescripción de la acción penal interpuesta por el imputado, acusado de los delitos de sustracción y retención de menores. La defensa interpuso recurso de apelación y la Cámara de Apelaciones confirmó la resolución impugnada. [Estableció que] el delito de sustracción de menores y su posterior retención y ocultación, contemplado en el art. 146 Cód. Penal constituye un tipo especial y más grave que la privación ilegítima de la libertad [en el caso, se lo consideró delito de lesa humanidad e imprescriptible] pues, con relación a los menores, el bien jurídico tutelado por nuestro ordenamiento no se limita a la libertad en sí misma, sino que se extiende al conjunto de los derechos de los que se ve privado durante el tiempo que dura la permanencia de la conducta ilícita. (….) Los crímenes

> contra la humanidad -en el caso, sustracción y retención de menores- deben entenderse comprendidos en el ex art. 102 y actual art. 118 de la Constitución Nacional pues, esta norma *in fine*, es una auténtica cláusula abierta.

Si bien la sentencia es rica en argumentos de interpretación, en lo que respecta al precepto en cuestión, se utiliza un *argumento histórico del precedente* pues "si un precepto legal ha sido previamente objeto de una interpretación judicial que ha determinado su significación y alcance, el significado alcanzado debe en lo sucesivo ser considerado como una pauta proyectable en el futuro" (Zuleta Puceiro, 2003:54), y dice que "al definir el alcance del art. 118 de la Constitución Nacional en cuanto a su capacidad de incorporar al derecho nacional las normas referidas a crímenes contra el derecho de gentes…" y cita todo lo dicho al respecto en el cons. 39 del Fallo Erich Priebke de la CSJN 1995, incluida la interpretación de los alcances del precepto "en las condiciones de su vigencia".

- **SUPREMA CORTE DE BUENOS AIRES, "P., Fátima V.", fallo del 05/05/2004, LL AR/JUR/1852/2004.**

En este caso un Tribunal de Familia había rechazado la autorización solicitada para realizar una inducción de parto o una cesárea a una mujer que porta un feto que presenta anencefalia con ausencia de calota craneana. La peticionaria interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley denunciando la violación y errónea aplicación de la Constitución Nacional y de los pactos internacionales de derechos humanos. La SCBA por mayoría admite el recurso y autoriza la intervención peticionada.

En la sentencia la SCBA hace un análisis del precepto de manera tal de complementarlo con el art. 75.23CN. Así, recurre a un *argumento sistémico de la plenitud hermética* similar al que había realizado el Superior Tribunal de Buenos Aires en el fallo "B., A. s/ autorización judicial del 2001 previamente analizado pero para obtener un resultado contrario.

- **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, fallo del 24/08/2004, LL AR/JUR/1667/2004.**

En este caso se determinó que “el delito de asociación ilícita perpetrado para perseguir opositores políticos por medio de homicidios, desapariciones forzadas de personas y tormentos reviste carácter de crimen contra la humanidad y, por ende, es imprescriptible”.

Mediante el voto del Dr. Boggiano podemos ver que el argumento central de fallo descansa en la remisión al ya en extenso nombrado fallo Giroldi, pues lo cita diciendo sino que “por voluntad del constituyente tal remisión lo fue ‘en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22). Mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen y éstas le provienen del ordenamiento internacional…”. Se trata así de un *argumento teleológico de autoridad.*

- **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, fallo del 23/12/2004 LL AR/JUR/4261/2004.**

La resolución de Cámara había declarado prescripta una causa penal respecto de uno de los imputados. La CSJN, teniendo en cuenta que los hechos ventilados en dicha causa habían sido conocidos por la CIDH, que había declarado la responsabilidad internacional del Estado argentino debido a la deficiente tramitación dada a tales actuaciones, haciendo lugar al remedio federal interpuesto, consideró que no correspondía aplicar al caso las disposiciones comunes en materia de prescripción.

El voto del Dr. Boggiano analiza el precepto en base a una serie de casos, a saber fallos Arce, Girloldi y Arancibia Clavel, utiliza así un *argumento histórico del precedente* y, en algún punto, también es un *argumento sistémico dogmático* pues continúa con una lógica jurisprudencial.

- **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, “Simón, Julio Héctor y otros”, fallo del 14/06/2005, LL AR/JUR/602/2005.**

En este caso, también muy conocido, se determinó la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final

Del dictamen del Procurador General de la Nación podemos obtener una *argumentación sistémica dogmática* en el párr. 7, 13 y 15 al citar fallos en los cuales la CSJN se ha pronunciada sobre el precepto, luego para enfatizar sobre el precepto realiza una *argumento sistémico dogmático* en el párr. 8 y en conclusión podría decirse que, en líneas generales a lo largo de su análisis, un *argumento de la opinión dominante* como “una concepción que se impone tanto en la literatura jurídica como en la jurisprudencia, con la fuerza de un consenso extendido entre la comunidad jurídica” (Zuleta Puceiro, 2003:64). Es de recordar que si bien el Procurador General no realiza una interpretación judicial de la ley por no ser, justamente, juez, si debe destacarse que su opinión suele ser relevante a la hora de fallar por parte de los jueces de la CSJN. Por tal motivo remito al lector a los párrafos enumerados para mayor abundamiento.

En el voto del Dr. Maqueda podemos observar una referencia directa al precepto en estudio, realiza un análisis de *argumento histórico psicológico* clarísimo cuando dice:

> A su vez, la diputada Lubertino señaló que ‘También quiero recordar que la actual Constitución Nacional determina que los tratados elevados a rango constitucional son tales en las condiciones de su vigencia. Existe jurisprudencia de la Corte que analiza e interpreta que *en las condiciones de su vigencia* significa según la jurisprudencia de los organismos internacionales'. Por otro lado, reiterada jurisprudencia tanto de la CIDH como de la Comisión IDH y el Comité de Derechos Humanos, no sólo respecto de la Argentina sino también de otros países se refiere a la obligación de los tres poderes del Estado de avanzar en el sentido de garantizar el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad...’ (Diario de Sesiones de la

Cámara de Diputados de la Nación -12 Reunión- 4° Sesión Ordinaria (Especial) - agosto 12 de 2003).

En cambio, el Dr. Lorenzetti en su voto recurre a un *argumento* estrictamente *lingüístico del significado literal*:

> Que la fuente del derecho a la que debe recurrirse para calificar a los mencionados delitos, es la Constitución Nacional (...) Para estos fines, aquélla debe ser entendida como un sistema jurídico que está integrado por las reglas que componen su articulado y los tratados que en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional) (cons. 16).

- **SUPREMA CORTE DE BUENOS AIRES, “C. P. d. P., A. K.”, fallo del 27/06/2005, LL AR/JUR/774/2005.**

El caso en cuestión se trata de una mujer que requirió autorización judicial para interrumpir un embarazo con motivo de padecer, entre otras patologías, miocardiopatía dilatada con deterioro severo de la función ventricular.

Del voto del Dr. Pettigiani se observa que recurre a una *argumentación sistémica sistemática* cuando dice:

> La Constitución nacional, incorporó, con excepción de la última, todas las convenciones y declaraciones mencionadas en calidad de normas que "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos", en el art. 75 inc. 22 de la Constitución reformada en Santa Fé el 22 de agosto de 1994. Asimismo dispuso en el

> inciso subsiguiente (23) del mismo artículo (75) "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen (...). Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización el período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia". Surge del texto transcripto la necesidad inexcusable de proteger al niño en situación de desamparo, durante todos los tramos del embarazo de la madre (cons. XIII).

- **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, “R., L. A.”, fallo del 07/03/2006, LLAR/JUR/221/2006.**

En el presente caso, la madre de una menor de 19 años que presentaba un retraso mental moderado denunció que ésta se encontraba embarazada como consecuencia de la violación de la cual había sido víctima, y manifestó que quería saber si era posible interrumpir la gestación.

El cons. IV y VIII del dictamen del Procurador Fiscal de la Nación reitera exactamente lo ya lo expuesto en el caso anterior.

La Corte, por su parte, recurre a un *argumento lingüístico literal* al analizar lo que dice la ley, así

> En cuanto a los rasgos especiales que adquiere ese derecho en el nasciturus, principalmente dada su obvia imposibilidad de manifestación verbal, adquiere mucha significación lo dispuesto en el art. 2 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de los niñas, niños y adolescentes (Ley 26.061). Esta norma expresa que: "La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos 'cualquiera sea la forma en que se manifiesten', en todos los ámbitos" (...).

Luego, en el acápite b.2. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dice:

> i. Como lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por voluntad expresa del constituyente la jerarquía normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida en las condiciones de su vigencia (artículo 75, inciso 22, C.N.). Esto implica que las normas que el Tratado contiene rigen en principio tal como en aquel sistema efectivamente operan, considerando los antecedentes de los órganos internacionales competentes en los que han dispuesto su interpretación y aplicación (Fallos: 318:514; 319:1840; 321:3555). ii. El criterio ha sido mantenido por la Corte en su actual integración (...).

Es decir, recurre mediante el análisis de un tercero (en este caso un relator de Naciones Unidas) a lo que ella misma ha sostenido. Utiliza un *argumento teleológico de autoridad* para reforzar el vínculo del precepto con el sistema internacional de derechos humanos.

- **CAMARA NACIONAL DE CASACION PENALl, Sala III, “Ortega Sandoval, Delcio Ariel”, fallo del 11/10/2006, La Ley Online; AR/JUR/8079/2006.**

En este caso los camaristas recurren a un *argumento teleológico de autoridad*

> Los conceptos de plazo razonable y dilaciones indebidas (arts. 8.1 CADH y 14.3.c PIDCP, incorporados al art. 75, inc. 22 C.N. "en las condiciones de su vigencia") deben ser relacionados con la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y a la conducta de las autoridades (cfr. "Suárez Rosero", rto. por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 12/11/97). Pero el primer criterio de apreciación

puede provenir tanto de los hechos como del derecho aplicable al caso (cfr. "Katte Klitsche de la Grange v. Italy", rto. por el Tribunal de Estrasburgo el 27/10/94, caso n° 21/1193/416/495, párr. 51), (...) pero también otros como el hecho de que haya cesado o no la dilación denunciada al tiempo de resolver el recurso de amparo interpuesto con tal motivo (cfr. Tribunal Constitucional de España, sentencia n° 58/1999, del 12/4/1999, en "Investigaciones. Secretaría de Investigaciones de Derecho Comparado de la CSJN", T. 2 del año 2000, págs. 326/327; citada por la Sala II en la causa n° 5361, "Robledo, Guillermo T. s/rec. de casación", reg. n° 7266, rta. el 20/12/04)”, recurriendo al análisis del concepto de plazo razonable en distintas jurisdicciones internacionales pues éste está amparado en los tratados que rigen en nuestro país “en las condiciones de su vigencia.

Por último invoca un *argumento lingüístico literal*:

Con la incorporación de estos Tratados y Convenciones Internacionales a la Constitución Nacional —art. 75, inc. 22— prevalecen sobre el derecho local vigente "en las condiciones de su vigencia" y por tanto deben ser respetados, aplicados y cumplidos, siempre que no deroguen algún artículo de la primera parte de la Constitución.

- **CAMARA NACIONAL FEDERAL CIVIL Y COMERCIAL, Sala III, “R., V. C. y otros c. Galeno S.A.”, fallo del 02/03/2010, LL AR/JUR/14224/2010.**

En este caso, la sentencia de grado admitió la acción promovida por una pareja, a fin que la empresa de medicina prepaga que contrataron les otorgue la cobertura total de los gastos del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad ISCI prescripto por su médico tratante. Ambas partes apelaron dicha resolución. La Cámara la revoca, condenando a la accionada a cubrir el 50% de los gastos.

La jueza Graciela Medina en su apartado III sostuvo que

> Para evitar que el alcance de los derechos humanos devenga del voluntarismo de los jueces, hay que estar a lo dicho por quien la Corte Suprema de Justicia de la Nación denomina *el intérprete de los pactos*, es decir, a lo afirmado por los diversos comités de los distintos pactos. Es más, el Alto Tribunal señala que la interpretación es válida: *"en las condiciones de su vigencia",* lo que permite tener en cuenta no sólo las recomendaciones generales, sino también las particulares dadas tanto a nuestro país como a otros países.

Así realizó un análisis con un *argumento teleológico finalista*, del fin general del precepto estudiado.

- **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, fallo del 13/03/2012, LLAR/JUR/1682/2012.**

Llegamos al último fallo en estudio en el cual se analiza el precepto que hemos venido desarrollando. Si bien de la sentencia de la Corte no se puede extraer la expresa mención al precepto “*en las condiciones de su vigencia”,* lo cierto es que todo el fallo ronda en torno a ella. Es, en cierto modo, la culminación de un progresivo desarrollo jurisprudencial del precepto de manera comprometida y continua.

Así la Defensora General de la Nación y el Defensor Oficial se pronuncian diciendo:

> El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional especifica que estas convenciones se incorporan al plexo normativo con jerarquía constitucional *“en las condiciones de su vigencia”*. Esto significa que los instrumentos internacionales deben ser aplicados respetando la interpretación que de ellos se hace en el derecho internacional o regional en el que están insertos. Así lo entendió VE, en el Caso Giroldi, en el que sostuvo que la frase *“las condiciones de su vigencia”* significa “tal como la [Convención Americana sobre Derechos Humanos]

> efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación" (Fallos, 318:514, cons. 11). Vale decir que las decisiones y observaciones de los comités encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados sirven como pautas interpretativas.

Recurre de esta manera a un *argumento teleológico de autoridad*, en cuanto vuelve a citar la doctrina de Giroldi que luego fue avalada por muchas otras sentencias y, por otro lado, un *argumento sistémico sistemático* porque ordena de alguna manera el vasto razonamiento en un todo integrado.

Y continúa, nuevamente con el *argumento teleológico de autoridad:*

> Así, V.E. otorgó a la jurisprudencia emanada de los respectivos órganos de aplicación de los tratados un valor destacado. En esta línea, varios precedentes de este Máximo Tribunal han establecido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana o Corte IDH) es vinculante para el Estado cuando interpreta la Convención Americana (Cf. Fallos, 315:1492; Fallos, 318:514; Fallos, 319:3148; Fallos, 321:3555; Fallos, 328:341; Fallos, 327:5668; Fallos, 328:2056).

Luego recurre a un *argumento histórico psicológico* para evaluar la norma de una manera holística y dice:

> En rigor, el Estado argentino no hizo una reserva a la CDN, sino que formuló una declaración interpretativa. Esta diferencia es de relevancia, pues significa que el país suscribió a todo el texto de la CDN, y debe aplicarla, como ya se señaló, "*en las condiciones de su vigencia*". Este sentido se ha señalado en la Convención Constituyente de 1994: "las declaraciones interpretativas formuladas al ratificar los tratados no forman

> parte de éstos, ya que se trata de actos de naturaleza esencialmente distinta a la de las declaraciones y prescripciones incluidas en los textos de los tratados. Las declaraciones son manifestaciones unilaterales de los Estados (…) Las declaraciones interpretativas, a su vez, no forman parte de los tratados ni constituyen condiciones de su vigencia internacional, lo que abona la tesis de que no adquieren rango constitucional.” (Cf. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Tercera Sesión Ordinaria del 3 de agosto de 1994, ps. 3096 y 3097).

Finalmente establece:

> La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Fallos, 328:2056, voto del Dr. Maqueda, cons. 64). Ya con anterioridad, en referencia a la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso Bulacio (Cf. Corte IDH. Caso Bulacio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100) V.E. había reconocido que las decisiones del Tribunal Interamericano eran de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino, por lo cual la Corte Suprema también debía subordinar el contenido de sus decisiones a lo pautado por el Tribunal internacional a fin de no comprometer la responsabilidad del Estado (Fallos: 327:5668, cons. 6)”.

Así los defensores realizan un raconto de las decisiones tomadas por la Corte, que luego ésta acata a lo largo de sus considerandos, recurriendo a un *argumento teleológico de las razones sustantivas* pues lo que se proponen los Defensores es ordenar y dar coherencia al proceso decisorio, dándole seguridad a la meta

perseguida que sería respetar el concepto arraigado que se tiene del precepto analizado.

5. Conclusión

A lo largo de todo este recorrido histórico acerca de la interpretación de la fórmula *"en las condiciones de su vigencia"* podemos observar que en 1994, a pocos meses de la reforma constitucional, la Cámara de Apelaciones de Morón fue uno de los primeros tribunales en pronunciarse sobre el precepto en análisis, recurriendo simplemente al argumento histórico psicológico y puede decirse que el fallo no es muy favorable a los ánimos que impulsaron la reforma que se consolidaría más tarde.

Un año después la CSJN se pronuncia en el Caso Giroldi que luego se convertiría en un precedente ineludible a la hora de analizar la fórmula que en esta ocasión nos convoca. Este es, tal vez, dentro de los fallos revisados en este trabajo, el que más riqueza en cuanto a argumentos interpretativos demuestra hasta el último fallo analizado (F.A.L.) que vuelve a ofrecer una vasta gama de argumentos interpretativos.

En esta sentencia, por primera vez y a tan solo un año de la reforma se pone de relieve un significado fuerte atribuible a la frase *"en las condiciones de su vigencia",* ampliando la tarea interpretativa de los jueces a un horizonte más internacionalista. Así, se deja asentado que los tratados deben interpretarse de acuerdo a cómo éstos rigen en el ámbito supranacional.

Unos meses más tarde, un fallo de Cámara Nacional "Petric c/ Página 12", restringe el alcance de los derechos consagrados en los tratados internacionales a las condiciones y parámetros de la Constitución Nacional como si fueran dos cuestiones distintas y hubiera que distinguirlas dando primacía a esta última. La Cámara, recurriendo a eufemismos y un pretendido análisis literal, termina restringiendo la interpretación del precepto que dos meses antes había realizado la CSJN.

En este mismo año, la CSJN vuelve a hacer hincapié en la necesidad de receptar el derecho internacional para interpretar el precepto en cuestión (v. "Priebke, Erich s/ solicitud de extradición"). Y

no se observan ni contradicciones ni avances en la materia hasta los dos casos estudiados del Superior Tribunal de San Juan de 1998 que sigue el camino de la Corte pero haciendo sus propias interpretaciones y reflexiones.

El desarrollo de la fórmula en estudio continúa sin mayores alteraciones hasta el año 1999 en el cual la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en el fallo “Rabinovich, Ricardo D. s/ amparo”, con otro argumento simplista de tipo lingüístico literal hace caso omiso a todo el avance realizado sobre la materia y a casos existentes en el sistema interamericano de derechos humanos acerca del status jurídico del embrión, constituyendo así un momentáneo retroceso en el desarrollo jurisprudencial en materia de derecho internacional de los humanos.

En 2001 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el fallo “B., A. s/ autorización judicial”, vuelve a incurrir en contradicción con lo previsto por la CSJN y sostiene, como lo hicieron otras Cámaras, que el precepto debe ser analizado también en relación al art. 72 inc. 23 de la Constitución Nacional, alejándose de cómo rige en el ámbito internacional según los parámetros asentados por Giroldi. Este caso, que no es ni el primero ni el último en el proceso de la interpretación de la ley, ejemplifica los mecanismos mediante los cuales un tribunal recurre a la interpretación literal en detrimento de los derechos de las partes asegurados por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Sin embargo el mismo tribunal en el año 2004 en la causa “P., Fátima V.” realiza un razonamiento bastante similar al expuesto en la sentencia anterior pero con una conclusión opuesta, en beneficio del derecho de la mujer a interrumpir el embarazo. Pero un año más tarde en “C. P. d. P., A. K.” volvió sobre sus pasos y reiteró lo resuelto en “B., A. s/ autorización judicial”. Estas oscilaciones, pueden relacionarse con el carácter sumamente delicado del tema en crisis, que era la posibilidad de interrupción de un embarazo, que hace posicionar al tribunal contrariamente a lo que una década atrás la Corte había expuesto en el Caso Giroldi, manifestando cierta distancia en relación a la interpretación del precepto que lleva años de trayectoria.

En estas condiciones llegamos, una vez más, a debatir jurídicamente acerca de la posibilidad o no de recurrir a un aborto no punible. En el año 2012 se dictó el famoso y controversial fallo F.A.L. en el que se delimitó los alcances de esta práctica terapéutica haciendo

una interpretación exhaustiva del art. 86 del Código Penal para orientar hacia el futuro las acciones de distintos operadores involucrados.

El fallo F.A.L. fue la culminación de una larga trayectoria, no solo en pos de la temática abordada, el aborto, que no es tema de discusión en este trabajo, sino porque la CSJN amplía el radio a todos los instrumentos que emanan de los órganos de tratados extendiendo el precepto *"en las condiciones de su vigencia"* a instrumentos, resoluciones, recomendaciones de cada órgano encargado de controlar el cumplimiento de los tratados de derechos humanos en la esfera internacional, tratados que, como hemos visto tienen jerarquía constitucional según el art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional.

A su vez el fallo F.A.L. es muy rico en cuanto al uso de argumentos de la interpretación, máximas y directrices.

Esta sentencia constituye un hito histórico que extiende sus horizontes y permite interpretar de manera más amplia las controversias que susciten en cuanto a la aplicación de tratados dado el profundo análisis interpretativo del precepto en cuestión. Se constituye así una puerta, una bisagra, por la que tal vez puedan colarse en un futuro no muy lejano la interpretación de otros tratados (no ya necesariamente los del art. 75 inc. 22 CN) en diversas materias, por ejemplo en materia de comercio y arbitraje, para dar una solución armónica a los compromisos asumidos por la nación en la esfera internacional y que, en caso de incumplimiento, también son, al igual que los tratados del art. 75 inc. 22 CN, objeto de una eventual responsabilidad internacional del Estado argentino[9].

Así, este fallo se ha transformado en el faro que puede servir de guía para que, ante similares circunstancias que acontezcan de ahora en adelante, los derechos humanos en pugna sean interpretados de acuerdo al *corpus iuris internacional.* ¿Podrá este razonamiento ser

[9] En este sentido, no debe olvidarse que, pese a las reiteradas oportunidades en que se alega que ciertos tratados internacionales por estar comprendidos dentro del "bloque de constitucionalidad" deben ser más cumplidos que otros, el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Por tanto, cabe preguntarse también si, cualquiera fuese la materia sobre la que versen los tratados internacionales ratificados por el Estado argentino, éstos deberían ser interpretados también "en las condiciones de su vigencia".

esgrimido por quienes expresen y fundamenten una colisión entre normas de derecho interno y normas de derecho internacional cualquiera sea su rango constitucional extrapolando así el precepto *“en las condiciones de vigencia”* a otras circunstancias? La mayor profundización de la interpretación de esta fórmula está en pleno desarrollo.

Finalmente, en lo que hace a un análisis específico de la materia en la que más se ha recurrido a este precepto, observamos que ésta es por lejos la rama del derecho penal. A su vez, no debemos perder de vista que del análisis efectuado surge que cada vez que se utiliza solamente el argumento lingüístico literal hay más posibilidades de vulnerar derechos consagrados en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional que si se utilizan cualesquier otro argumento interpretativo.

En última instancia, un análisis en términos cuantitativos nos arroja que, de veinticuatro fallos analizados, los argumentos de autoridad fueron los más utilizados (doce veces), seguidos por los literales (nueve veces). Seguidos por los argumentos psicológicos (seis veces), sistemáticos, dogmáticos y argumento del precedente (cinco veces), contextual (cuatro veces), de la plenitud hermética (dos veces) y finalmente de la opinión dominante, apagógico, a cohaerentia, finalista y de las razones sustantivas por igual (una vez cada uno). Mientras tanto no se observaron directivas expresas que se hayan seguido, al menos en lo que ataña a la interpretación del precepto y también puede verse que no todas las clasificaciones han sido tenidas en cuenta.

Ha quedado claro, entonces, que los argumentos de autoridad y literales han sido los más utilizados, lo cual invita a pensar -de acuerdo al desarrollo que hemos realizado en este artículo- cuáles son las ventajas y las desventajas que éstos acarrean a la hora de interpretar los derechos humanos consagrados en el art. 75.22 y cuáles serán, por tanto, esas *“condiciones de su vigencia”* que se traducirán en las condiciones de ejercicio y goce de los derechos en cuestión.

TRABAJO INFANTIL: UNA PROBLEMÁTICA SOCIAL DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA REFORMA DEL AÑO 1994. LA INCORPORACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO A NUESTRA LEY FUNDAMENTAL.

Florencia Vazzano •

1. Introducción

El trabajo infantil constituye un problema social de gran envergadura y de antigua data tanto a nivel mundial como nacional. La modalidad de trabajo infantil que tiene su causa en un factor económico, es decir, aquel que obedece a las carencias materiales que sufre el niño junto con su entorno familiar, encuentra en el Derecho argentino distintas respuestas jurídicas. El Derecho Laboral lo ha receptado y recepta tradicionalmente, estableciendo una prohibición de contratar dirigida al empleador, como regla ante supuestos de menores de edad por debajo de la edad mínima de admisión al empleo

---

• Abogada, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). Docente ordinaria por concurso en la asignatura Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Docente por extensión de funciones en las asignaturas Ètica Aplicada y de la Abogacía, y Filosofía del Derecho de la misma Facultad. Maestranda en Derecho Privado. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Integrante del Instituto de Estudios Jurídicos y Sociales (IEJUS) de la Facultad de Derecho de la UNICEN. Integrante del Proyecto de Investigación: "Recorridos marginales del Derecho, sujetos frágiles y Grupos Vulnerables", radicado en la Facultad de Derecho de la UNICEN. El tema del trabajo fue expuesto en una ponencia presentada en el I Congreso Interdisciplinario sobre Vulnerabilidad y Derecho, realizado los días 6, 7 y 8 de mayo de 2014 en Rosario, Santa Fe.

o mayores de esa edad que no hubieren completado su educación obligatoria. El Derecho Internacional contiene una serie de convenios aprobados por la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T): el Convenio sobre Edad Mínima nº 138, el Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil nº 182, ambos ratificados por nuestro país.

La aprobación de la Convención de los Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989, constituyó el punto de inflexión entre dos paradigmas opuestos: el paradigma tutelar, y el paradigma de la protección integral de los derechos del niño que la Convención adopta. Dicho instrumento internacional ha sido fundamental para el reconocimiento del niño como "sujeto de derecho", titular de derechos humanos. La incorporación de la Convención al art. 75 inc. 22 de nuestra ley fundamental con la reforma constitucional del año 1994, conllevó a la *constitucionalización del trabajo infantil*. La reflexión, debate y la argumentación jurídica de este problema es posible a la luz de las normas y principios emanados de la Convención, que hoy posee jerarquía constitucional y superioridad respecto de las leyes internas. Concretamente, podemos reflexionar, debatir y argumentar jurídicamente a la luz de los *derechos económicos, sociales y culturales del niño,* los que se encuentran conculcados frente al problema del trabajo infantil (en especial, el derecho a la salud física y mental, el derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluido alimentación, vestido y vivienda, el derecho a la educación). Ninguna ley interna nacional, provincial ni local puede ir en contra de las normas de la Convención que reconocen esos derechos, que hoy complementan a los derechos y garantías de la primera parte de la Constitución Nacional.

Por otro lado, los postulados de la Convención- inspirados en el paradigma de protección integral de los Derechos del Niño-, permiten visibilizar el problema del trabajo infantil como un estado de vulnerabilidad social y económica del niño carenciado que trabaja; vulnerabilidad que se extiende al resto de los integrantes de su familia. Nos permite debatir y argumentar desde la causa del problema, es decir, desde la situación de carencias materiales que sufre toda la familia, y que lleva a que el niño deba insertarse prematuramente en el ámbito laboral. Pues, se trata en definitiva, de una situación de falta de acceso al sistema educativo, al sistema de salud, a una vivienda digna, a alimentación y vestimenta adecuada, y en general, a las condiciones

mínimas para el ejercicio de los derechos fundamentales de todo ser humano.

2.1. Un recorrido por la legislación interna e internacional sobre el trabajo infantil

Antes de abocarnos al tema que nos ocupa, es decir, a la constitucionalización del trabajo infantil, hemos de realizar un breve recorrido por nuestra legislación interna e internacional que ha receptado y recepta el fenómeno del trabajo infantil.

Argentina lo reguló por primera vez en el Derecho Laboral a modo de prohibición dirigida al empleador, como regla ante supuestos de menores que estuvieran debajo de determinada edad fijada legalmente o que no hubieran completado su instrucción obligatoria. Es así que sucesivas leyes laborales receptaron y receptan el trabajo de menores de edad. La primera de esas leyes fue la Ley sobre Trabajo de Mujeres y Menores (Ley Nacional 5291, de 1907) -segunda ley laboral de la República Argentina- que estableció la prohibición para el empleador de contratar a menores de diez años, o mayores de esa edad que comprendidos en la edad de la ley escolar, no hubieran completado su instrucción obligatoria[1]. Luego la Ley sobre Trabajo de Mujeres y Niños (Ley 11.317, de 1924) que elevó la edad mínima de admisión al empleo a los doce años y extendió la prohibición a mayores de esa edad que comprendidos en la edad escolar, no hubieran completado su instrucción obligatoria[2]. En el año 1974, la

---

[1] El art. 1° de la Ley 5291, disponía que "El trabajo de los menores de diez años de edad, no puede ser objeto de contrato. Tampoco puede serlo el de los mayores de diez años, que comprendidos en la edad de la ley escolar, no hayan completado su instrucción obligatoria. Sin embargo el defensor de menores del distrito podrá autorizar el trabajo de éstos, cuando fuera indispensable para la subsistencia de los mismos, de sus padres o de sus hermanos. Establecía una excepción a la prohibición de contratar cuando el trabajo resultaba indispensable para la subsistencia familiar.

[2] El art. 1° de la Ley 11.317 disponía que "Queda prohibido en todo el territorio de la República, ocupar a menores de doce años de edad, en cualquier clase de trabajo, por cuenta ajena, incluso los trabajos rurales. Tampoco puede ocuparse a mayores de esta edad que, comprendidos en la edad escolar, no hayan completado" su instrucción obligatoria. Sin embargo, el ministerio de menores respectivo podrá autorizar el trabajo de éstos, cuando lo considere indispensable para la subsistencia

Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744) en su texto original elevó la edad mínima de admisión al empleo a los catorce años y extendió la prohibición a mayores de esa edad que comprendidos en la edad escolar, no hubieran completado su instrucción obligatoria[3]. Como veremos más adelante, en el año 2008, se sancionó la Ley de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente (Ley 26.390), que modificó a la Ley 20.744 en su regulación sobre el trabajo infantil, elevando la edad mínima de admisión al empleo a los dieciséis años de edad.

En el año 1919, la Ley de Patronato de Menores (Ley 10.903), consagró legislativamente en nuestro país el modelo o concepción tutelar que entiende al menor de edad como "objeto de protección" y que otorga amplia potestad al Estado, especialmente al juez nacional y provincial para adoptar medidas con miras a salvaguardar la salud, seguridad, educación moral e intelectual del menor de edad que se encuentra en situación irregular. El art. 21 de esta ley receptaba el trabajo desarrollado por menores de edad como un supuesto de abandono material o moral o peligro moral, es decir, como una situación irregular o de riesgo social en que se encontraba ese menor[4]. Dicha situación ameritaba la adopción de ciertas medidas

---

de los mismos, o de sus padres o hermanos, siempre que se llenen en forma satisfactoria el mínimo de instrucción escolar exigida por la ley.

[3] El art. de la Ley 20.744 establecía en su texto original: "Menores de 14 años-Prohibición de empleo". Queda prohibido a los empleadores ocupar menores de catorce (14) años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro. Esa prohibición no alcanzará, cuando medie autorización del ministerio pupilar, a aquellos menores ocupados en las empresas en que sólo trabajen los miembros de la misma familia y siempre que no se trate de ocupaciones nocivas, perjudiciales o peligrosas. Tampoco podrá ocuparse a menores de edad superior a la indicada que, comprendidos en la edad escolar, no hayan completado su instrucción obligatoria, salvo autorización expresa extendida por el ministerio pupilar, cuando el trabajo del menor fuese considerado indispensable para la subsistencia del mismo o de sus familiares directos, siempre que se llene en forma satisfactoria el mínimo de instrucción escolar exigida

[4] Art. 21 de Ley 10.903: "…se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus

por parte de un juez, tales como por ejemplo el apartamiento del niño de su propio hogar. Es decir, conforme este paradigma inicial sobre infancia, el trabajo infantil se incluía tanto legislativa como doctrinariamente, dentro de los supuestos de "situación irregular" que ameritaban la intervención estatal.

Antonio Gómes Dacosta ha dicho que:

> La doctrina de la situación irregular no se dirige al conjunto de la población infanto- juvenil sino apenas a uno de sus segmentos: los menores en situación irregular. A esos menores el juez debe -no con base en un proceso judicial sino en un procedimiento subjetivo y sumario, según el cual el magistrado actúa "como un padre de familia"-aplicar indistintamente un conjunto de medidas: advertencia, libertad asistida, semi-libertad e internación" (Gomes Dacosta, 2002:6).

A nivel internacional, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el año 1919 adoptó, a muy poco tiempo de su creación, el Convenio nº 5 sobre Edad Mínima que prohíbe el trabajo de menores de catorce años de edad en el sector industrial[5].

En el año 1973, la OIT aprobó el Convenio sobre Edad Mínima nº 138[6], ratificado por nuestro país en el año 1996 mediante la

---

padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud".

[5] Se trata del primer convenio internacional que establece una edad mínima de admisión al empleo. El mismo se aprobó en la primera Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en Washington y entró en vigor el 13 de junio de 1921.

[6] Dicho Convenio se aprobó en la 58º Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en Ginebra y entró en vigencia el 19 de junio de 1976. El objetivo fue generar un instrumento general sobre el tema aplicable a todas las actividades económicas, que reemplazare gradualmente a distintos convenios aprobados con anterioridad para sectores económicos limitados (el Convenio sobre la edad mínima en el trabajo marítimo de 1920; Convenio sobre la edad mínima en la agricultura de 1921; Convenio sobre la edad mínima en el sector de pañoleros y fogoneros de 1921; Convenio sobre edad mínima en trabajos no industriales de 1932; Convenio (revisado) sobre edad mínima en el trabajo marítimo de 1936; Convenio (revisado)

Ley 24.650. El mismo compromete a los Estados parte a implementar políticas nacionales que aseguren la abolición del trabajo infantil y a elevar progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los niños. Luego en el año 1999, la OIT adoptó el Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil nº 182[7], ratificado por Argentina en el año 2000 mediante la Ley 25.255. El mismo compromete a sus miembros a adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil[8] que el mismo convenio recepta.

2. 2. La aprobación de la Convención de los Derechos del Niño: el punto de inflexión entre dos paradigmas opuestos.

El 20 de noviembre de 1989, por aclamación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se aprobó la *Convención de los Derechos del Niño.* Su ratificación por veinte países -el número requerido por el instrumento para su entrada en vigencia-, ocurrió menos de un año después, lo que la convierte en el tratado que más rápidamente entró en vigor en la historia de los tratados de derechos humanos. Es, además, el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia de todos los tratados de esta materia. Ningún otro

sobre edad mínima en trabajos industriales de 1937; Convenio (revisado) sobre edad mínima en trabajos no industriales de 1937; Convenio sobre edad mínima en la actividad de la pesca de 1959; y Convenio sobre edad mínima en trabajos subterráneos de 1965.

[7] Este Convenio complementa al Convenio nº 138 sobre Edad Mínima de 1973. Se adoptó en la 87º reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en Ginebra.

[8] El mismo Convenio establece qué se entiende peores formas de trabajo infantil: a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

instrumento específico de protección de derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por esta Convención. A la fecha, sólo Estados Unidos y Somalia no la han ratificado. Argentina la ratificó en el año 1990 mediante la Ley 23.849.

Se trata del instrumento fundamental por el cual los Estados ratificantes se han puesto de acuerdo respecto del tratamiento de los niños, niñas y adolescentes, asumiendo determinadas obligaciones internacionales. La Convención considera al niño como "sujeto de derecho", esto es, titular de derechos fundamentales por su sola condición de persona.

Existen dos antecedentes de esta Convención que son: la Declaración de los Derechos del Niño de 1924, de la Liga de Naciones, que es el primer instrumento internacional de relevancia que consagró expresamente los derechos del niño. Aunque puso más énfasis en los deberes del adulto hacia los niños y niñas más que sobre los derechos de la Niñez[9]; y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, de Naciones Unidas, que es más extensa y está redactada en forma de principios[10].

2.3. La incorporación de la Convención de los Derechos del Niño a nuestra Constitución Nacional

Con la reforma a nuestra Constitución Nacional en el año 1994, se incorporaron al art. 75 inc. 22 once Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entre ellos, la Convención de los Derechos del Niño, que hoy poseen la misma jerarquía que la Constitución y son superiores respecto a las leyes internas.

El reconocimiento de jerarquía constitucional a esos instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la posibilidad

---

[9] En el considerando 4º expresa que "El niño deber ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación".

[10] El principio 9º refiere a la cuestión del trabajo de niños por debajo de la edad mínima, estableciendo que "el niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su desarrollo físico, mental o moral".

de otorgar igual jerarquía a otros tratados y convenciones en el futuro sobre la misma materia, implicó una clara apertura de nuestro sistema jurídico hacia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Conforme la pirámide kelseniana, en la cúspide, se encuentra la Constitución Nacional junto a los once instrumentos internacionales que adquirieron su misma jerarquía y que son complementarios de la misma, como establece el mismo inc. 22 del art. 75.

Existe al respecto un sector doctrinario -entre ellos Bidart Campos- que indica que los tratados y declaraciones no están incorporados a la Constitución, sino que se les reconoció jerarquía constitucional, lo que significa que no forman parte de la ley fundamental, pero valen como ella. Otro sector, en cambio, considera que esos tratados incorporados son normas constitucionales, son parte de la Constitución formal y tienen jerarquía constitucional.

Este conjunto normativo es reconocido por la doctrina como *bloque de Constitucionalidad*. Bidart Campos lo ha definido como un "conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales" (Bidart Campos, 1995: 265-267).

También ha dicho Bidart Campos que:

> Todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele a otro, sin que a uno se le considere en pugna con otro, sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente. A cada uno y a todos hay que asignarles, conservarles y aplicarles un sentido y un alcance de congruencia armonizante, porque cada uno y todos quieren decir algo; este "algo" de uno o de varios no es posible que quede neutralizado por el "algo" que se le atribuye a otro o a otros (Bidart Campos,1997: 560-561).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expresado en

numerosos fallos sobre la igualdad jerárquica entre la ley fundamental y los tratados incorporados. A modo de ejemplos, en el caso Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe vs Provincia de Santa Fe (1994), aludió a la "Ley Fundamental y los tratados y convenciones sobre derechos humanos que, con igual jerarquía, incorpora a la Carta Magna el art. 75 inc. 22, de la reforma introducida en 1994"[11].

En el caso Analía Monges (1996)[12] estableció que: "debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente".

En el caso Arce (1997) expresó que: "los tratados con jerarquía constitucional deben entenderse como formando un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"[13].

En el caso Martínez Areco (2005)[14] hizo alusión directamente a la expresión al bloque de constitucionalidad. Un mes antes, en el caso Casal (2005)[15], pronunció que los artículos 8.2.h (CADH) y 14.5 (PIDCP) "pasaron- sin duda alguna- a configurar un imperativo constitucional". En el caso M.D.E. y otro (2005)[16], calificó de *mandato constitucional* al contenido de normas tales como los arts. 5.6 (CADH) y 10.3 (PIDCP). Así expresó que:

---

[11] CSJN, "Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c. Provincia de Santa Fe" (LA LEY, 1995-A, 203, con nota de Frías, Pedro J., publicado en LA LEY, 1995-A, 201, sentencia de 6 de octubre de 1994, considerando 4. Fallos 317:1195.

[12] CSJN, sentencia de 26 de diciembre de 1996, considerando 22. Fallos 319:3148.

[13] CSJN, Caso "Arce" (LA LEY, 1997-F, 697, con nota de Agustín; LA LEY, 1998-A, 326, con nota de F.J.D.; DJ, 1998-1-404; IMP, 1998-A, 636; Con nota de F. J. D., publicado en LA LEY, 1998-A, 325; Con nota de Gordillo, Agustín, publicado en LA LEY, 1997-F, 696), sentencia de 14 de octubre de 1997, considerando 7, Fallos 320:2145

[14] CSJN, Caso "Martínez Areco", sentencia de 25 de octubre de 2005, considerando 6, — LA LEY, 2005-F, 597

[15] CSJN, Caso "Casal" — LA LEY, 2005-F, 110— , sentencia de 20 de septiembre de 2005

[16] CSJN, Caso "M.D.E. y otro", sentencia de 7 de diciembre de 2005, considerando 23, LA LEY, 2005/05/05, p. 4.

> Estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica.

La jerarquía constitucional es adquirida por los instrumentos internacionales "en las condiciones de su vigencia", conforme el mismo inc. 22 del art. 75. Es discutido en doctrina el alcance que debe asignársele a dicha frase. Bidart Campos ha dicho que es una pauta que indica que se debe tomar en cuenta las "reservas y aclaraciones" de todo tipo que la Argentina incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo, la ratificación o adhesión internacional, a cada uno de los once instrumentos mencionados (Bidart Campos, 1997: 557).

Manili ha señalado que la frase hace referencia a que los tratados se "incorporan" al derecho argentino siempre y cuando "estén vigentes en el ámbito internacional". Y mantienen esa "pertenencia" al sistema argentino, y -en su caso- la jerarquía constitucional que les haya otorgado la Constitución o el Congreso federal siempre que mantengan dicha vigencia (Manili, 2003:181-183).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Giroldi (1995) ha dicho que la frase "en las condiciones de su vigencia" se refiere a: "tal como la Convención citada (CADH) efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"[17].

De este modo, la Corte Suprema tiene dicho que son los organismos internacionales de control los que poseen la iniciativa para interpretar con qué alcance están vigentes los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esto es, para establecer la procedencia o improcedencia de las reservas y declaraciones interpretativas que puedan interponer los Estados partes al momento de la ratificación.

---

[17] CSJN, sentencia de 7 de abril de 1995, considerando 11, Fallos 318:554.

Por otro lado, como mencionábamos esos once Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entre ellos la Convención de los Derechos del Niño, tienen superioridad con respecto a la normativa interna.

La jerarquía supralegal alcanzada por la Convención es el resultado de la elaboración jurisprudencial producida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo recaído en Ekmekdjian c. Sofovich[18] en el año 1992 y por el cual se confiere primacía al derecho internacional surgido de los tratados. Esta modificación en la doctrina de la Corte dio respuesta a lo establecido en la Convención de Viena sobre los tratados, la que entrara en vigencia para nuestro país el 27 de enero de 1980, conforme a la ley 19.865 (Dantonio, 1999:125).

Hoy en nuestro sistema jurídico, una norma jurídica es válida siempre que no se oponga tanto a las normas y principios constitucionales y normas y principios de esos instrumentos internacionales.

La doctrina en general, se ha inclinado por considerar a las disposiciones de esos tratados del derecho internacional como normas de "aplicación inmediata". "Los artículos que reconocen claramente derechos, pueden ser aplicados directamente, sin necesidad de mayor reglamentación" (Beloff, 2004:48).

2.4. El trabajo infantil y la Convención de los Derechos del Niño

La consagración de la Convención de los Derechos del Niño como norma de jerarquía constitucional, permite hablar de la constitucionalización de temáticas tradicionalmente reservadas al Derecho Privado, entre ellas, al Derecho Laboral.

En el modelo del Estado Constitucional el Derecho Privado, como todo el orden jurídico, es concebido como un desarrollo positivo de los derechos fundamentales. Las normas constitucionales adquieren una fuerza expansiva fundamental a la hora de determinar el contenido del Derecho Privado (Chaumet, 2005:32).

---

[18] CSJN, L.L, 1992-C-543

El reconocimiento de jerarquía constitucional y de superioridad respecto de las leyes internas a la Convención de los Derechos del Niño, reforzó la conciencia de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, en particular, sus *derechos económicos, sociales y culturales*[19], que son el grupo de derechos que se encuentran conculcados frente al problema del trabajo infantil, y en especial, del que tiene causa en la necesidad económica familiar (el derecho a la salud física y mental, el derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluido alimentación, vestido y vivienda, el derecho a la educación, a la protección de la familia).

La argumentación jurídica de los operadores del derecho (jueces, abogados, legisladores, juristas, académicos) sobre la problemática del trabajo infantil es posible desde las normas y principios de la Convención. Es decir, a la luz de los *derechos económicos, sociales y culturales de niños, niñas y adolescentes* y en torno al rol positivo y activo del Estado como garantizador del ejercicio y disfrute pleno de esos derechos.

Concretamente, esa argumentación es posible a la luz de la norma del art. 32 inc. 1º de la Convención que consagra el *derecho del niño a la protección contra la explotación económica*: "Los Estados parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social".

---

[19] Es clásica la clasificación de los derechos por generaciones. La primer generación corresponde a los denominados derechos civiles y políticos, es decir, aquellos derechos que garantizan las libertades individuales (de expresión, asociación, religión, etc.) y la participación política. Los derechos de segunda generación, son los derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos de tercera generación son aquellos que tratan de proteger las libertades individuales frente a las distintas injerencias que las amenazan, producto de las nuevas tecnologías y del sistema económico (ej; derecho a la intimidad, el derecho a disfrutar de un aire puro, el derecho a la información, los derechos del consumidor, el derecho a la protección del patrimonio, el derecho al medioambiente sano). Finalmente, los denominados derechos de la cuarta generación concernientes a los derechos derivados del uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Se habla de derechos vinculados a la igualdad de condiciones de acceso a las nuevas tecnologías, la libertad informática, etc.

También, contamos con las normas de la Convención que reconocen derechos económicos, sociales y culturales del niño, como son: la norma del art. 27 inc. 1º que consagra el derecho del niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; la norma del art. 28 inc. 1º que reconoce el derecho del niño a la educación; la norma del art. 31 cuyo inc. 1º, recepta el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

Toda norma jurídica infraconstitucional, como toda acción u omisión estatal que impida u obstaculice el ejercicio de esos derechos del niño merece el reproche por parte de los operadores jurídicos (abogados, legisladores, jueces, juristas, académicos, etc).

Además, es posible reflexionar y argumentar jurídicamente desde un principio general emanado de la Convención que indica que *es el Estado quien debe asistir a la familia vulnerable.* Si bien es la familia la que posee la responsabilidad prioritaria de asegurar al niño el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías, cuando esa familia no se encuentra en situación de poder cumplir con dichas responsabilidades, es el Estado quien debe asistirlas. Pues ante situaciones de profundas carencias materiales, todos los miembros del grupo familiar se encuentran ante la necesidad de trabajar, incluso los más pequeños de la casa, y generalmente, en situaciones de trabajo ilegal, informal y/o forzado.

Los progenitores o responsables del niño, niña o adolescente, que son quienes en primer lugar deben asegurar el disfrute pleno y efectivo ejercicio de sus derechos, son también sujetos vulnerables y carentes del ámbito de libertad y autodeterminación personal. Es así que el Estado debe intervenir mediante el diseño e implementación de políticas, programas, y en general, mediante la adopción de medidas que procuren alcanzar bienestar en el núcleo familiar y evitar que los hijos en edad escolar tengan que insertarse en el ámbito del trabajo.

La Convención establece en su preámbulo que la *familia*, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

El art. 27 inc. 2º de la misma Convención dispone que

> A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño, y el inc. 3° establece que: "los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Por ende, el Estado está obligado a asignar una porción de su presupuesto para cubrir las necesidades básicas y cumplir con los derechos de la niñez y adolescencia, lo que implica asignaciones presupuestarias para seguridad social, vivienda, educación y servicios de salud, garantizando que la infancia y adolescencia obtengan una proporción más justa de los recursos estatales.

"El compromiso que asume el Estado en la problemática del niño, luego de la reforma constitucional de 1994, resulta clara e indiscutible" (Solari, 2002:109).

3. Legislación interna trascendente para el problema del trabajo infantil: cumplimiento estatal de los compromisos internacionales.

En cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, el Congreso de la Nación sancionó tres leyes que marcan un importante avance normativo en lo que respecta al tratamiento de la infancia y la adolescencia, y en especial, en lo que refiere al problema del trabajo infantil.

Esos compromisos internacionales surgen, fundamentalmente, del art. 4° de la Convención que establece que:

> Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

El art. 32 inc. 2º, que dispone que:

> …Los Estados partes, en particular: a) fijarán una edad o edades mínimas para trabajar,b) dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Además, de las obligaciones emanadas de los Convenios de la O.I.T nº 138 y 182, ratificados por Argentina.

Esas leyes internas son: la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061 del año 2005), la Ley sobre Prohibición de Trabajo infantil y Protección del Trabajo Adolescente (Ley 26.390 del año 2008), y la Ley sobre Trabajo Infantil (Ley 26.847 del año 2013), que incorporó a nuestro Código Penal el art. 148 bis que sanciona al que aprovechare económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil.

Cabe remarcar que referimos a un avance “normativo”, otra cuestión es la eficacia que tengan estas leyes en la práctica, es decir, que sea posible trasladar sus postulados desde el plano normativo al plano de la realidad social.

3.1. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061 del año 2005)

La Ley 26.061 fue sancionada el 28 de septiembre de 2005, promulgada el 21 de octubre de 2005 y publicada en el Boletín Oficial el 26 de octubre de 2005. Esta ley derogó y sustituyó el régimen de la Ley de Patronato de Menores (Ley 10.903) que en el año 1919 había plasmado normativamente la doctrina de la situación irregular.

Implicó la adecuación del derecho interno a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño después de quince años de su ratificación por nuestro país. Su sanción, aunque tardía, vino a dar cumplimiento a la obligación asumida por Argentina conforme el art. 4° de la Convención. Dicha disposición exige del país ratificante la adopción de todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la misma Convención.

Daniel Sabsay ha dicho que "la Ley 26.061 es una suerte de medida elaborada por el Congreso Nacional para dar cumplimiento a los compromisos internacionales que se derivan de la ratificación por Argentina de la Convención de los Derechos del Niño, al asegurar su aplicación en nuestro país" (Sabsay, 2006:26).

> La satisfacción de los derechos exige por una parte acciones positivas y por la otra la abstención de aquellas que sean vulneratorias de esos derechos. Las acciones positivas tienen íntima relación con las políticas públicas que el Estado debe implementar a los fines de asegurar las condiciones necesarias para el goce de los derechos por parte del universo niñas, niños y adolescentes (Sabsay, 2006: 35).

En lo que respecta al problema del trabajo infantil, la Ley 26.061 establece en la norma del art. 25 que:

> ...Los organismos del Estado deben garantizar el derecho de las personas adolescentes a la educación y

> reconocer su derecho a trabajar con las restricciones que imponen la legislación nacional vigente y los convenios internacionales sobre erradicación del trabajo infantil, debiendo ejercer la inspección del trabajo contra la explotación laboral de las niñas, niños y adolescentes.

Reconoce el derecho a trabajar de los adolescentes, dejando a salvo los casos de trabajo infantil que las leyes nacionales y los convenios internacionales prohíben como supuestos que es necesario erradicar.

Esta ley regula las denominadas medidas de protección integral en su art. 33, como herramientas a cargo de organismos administrativos del Estado ante la amenaza o violación de derechos de los niños provenientes de la acción u omisión del mismo Estado, la sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente. Tienen como fin la preservación o restitución del ejercicio, disfrute y goce de los derechos conculcados.

Cabe destacar la última parte del art. 33 al disponer que la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes -sea circunstancial, transitoria o permanente-, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización. Es decir, las medidas de protección no pueden consistir en la separación del niño de su seno familiar ni en su institucionalización, cuando el mismo se encuentra desarrollando tareas en relación de dependencia debido a las carencias materiales que sufre junto con su núcleo familiar. Esto resulta de una enorme trascendencia como respuesta jurídica opuesta a la que brindaba el paradigma del sistema tutelar que entendía que el menor carenciado trabajador se encontraba en *situación irregular o de riesgo social*[20]. Por tanto, ese menor de edad debía ser objeto de

[20] Dentro del concepto "menores en situación irregular", la doctrina argentina incluía distintos supuestos en los que podía encontrarse el menor, a saber: a) menores infractores de la ley penal; b) menores en situación de abandono material o moral; c) situación de riesgo o peligro material o moral; d) deficiencia física o mental. El trabajo infantil estaba incluido en el supuesto a o b. Así lo establecía el art. 21 de la ley 10.903: "se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la

disposición por parte del juez, -quien terminaba siendo el protagonista del sistema- mediante la adopción de medidas tales como el apartamiento del niño de su propio hogar. Hoy la respuesta del Derecho no es la judicialización de los problemas sociales ni la institucionalización del niño como medida ante los mismos, sino la intervención de órganos de la administración pública para ayudar, asistir a las familias vulnerables.

Es así que el art. 35 de Ley 26.061 dispone que:

> ...Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.

Y el art.37 inc.g de la misma ley menciona:

> Medidas de Protección. Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: ...asistencia económica. Tales medidas son simplemente aquellas destinadas a la inclusión de los niños y sus familias en las políticas públicas universales que garanticen los derechos reconocidos en la legislación vigente. La inclusión de los niños, niñas y adolescentes en el sistema educativo, la atención en salud, la inclusión de las familias en programas de becas y/o subsidios destinados a garantizar un ingreso económico mínimo (Naddeo, 2006:73).

---

incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud".

3.2. Ley sobre Prohibición de Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente (Ley 26.390 del año 2008)

La Ley 26.390 modificó de manera sustancial la regulación de la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744). Sustituyó la denominación del Título VIII de esta ley (que antes de la reforma se denominaba "Del trabajo de los Menores") por la siguiente redacción: "Título VIII: De la prohibición del Trabajo Infantil y de la Protección del Trabajo Adolescente" (art. 1°, Ley 26.390). No se trata de un simple cambio de denominación del título sino de la adecuación de la ley laboral al nuevo paradigma sobre niñez y de la necesidad de reflejar expresamente en la norma jurídica la preocupación por la problemática del trabajo infantil.

Liliana Litterio ha dicho que:

> La Ley 26.390 tiene tanto de nueva como de anhelada. Es una ley largamente y doblemente esperada porque cumple con el postergado compromiso internacional de elevar la edad mínima de admisión al empleo, prohibiendo expresamente el trabajo infantil, y también cumple con un compromiso pendiente a nivel nacional, no por eso menos importante, cual es el de mejorar las normas protectoras del trabajo de los adolescentes (Litterio, 2008:722).

La Ley 26.390 elevó la edad mínima de admisión al empleo de catorce a dieciséis años de edad. La norma del art. 189 de la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744) hoy establece que "*Queda prohibido a los empleadores ocupar personas menores de dieciséis (16) años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro*". La norma laboral continúa receptando la problemática del trabajo infantil a modo de prohibición dirigida al empleador. En efecto, la Ley 26.390 prohíbe el trabajo en todas sus formas por debajo de las edades autorizadas, exista o no relación de empleo contractual, y sea o no remunerado. Como podemos observar, esta prohibición trasciende el régimen de la Ley de Contrato de Trabajo, el marco del trabajo en

relación de dependencia, pues se extiende aún a las situaciones en las que los niños trabajan sin estar sujetos a las directivas de un adulto empleador.

Declara modificados toda ley, convenio colectivo o cualquier otra fuente normativa que establezca una edad mínima de admisión al empleo distinta a la fijada, estableciendo que le corresponderá a la inspección del trabajo ejercer las funciones conducentes al cumplimiento de dicha prohibición.

Incorporó a la Ley 20.744 el art. 189 bis, que establece una excepción a la prohibición que opera como regla. Se trata del supuesto de empresa familiar. El art. 189 bis establece que las empresas de la familia del menor (cuyo titular sea su padre, madre o tutor) podrán ocupar personas mayores de catorce (14) años y menores de dieciséis (16) pero siempre que se obtenga la autorización de la autoridad administrativa y que se cumplan con los requisitos que la ley determina: 1) que el menor no supere la jornada de 3 horas diarias y 15 horas semanales, 2) que no se desempeñe en tareas penosas, peligrosas y/o insalubres y 3) que se cumpla con la asistencia escolar.

A su vez, el último párrafo del art. 189 bis excluye de la excepción el supuesto de que la empresa familiar se encuentre "subordinada económicamente o fuere contratista o proveedora de otra empresa". Con ello se tiende a evitar que los niños terminen trabajando para terceros, burlando de este modo, la prohibición legal.

3.3. La Ley 26.847 que creó un nuevo tipo penal sobre Trabajo Infantil.

La Ley 26.847 fue sancionada en marzo de 2013 y promulgada en abril del mismo año. Incorporó al Código Penal el art. 148 bis, cuyo texto sanciona con pena de 1 (uno) a 4 (cuatro) años de prisión

> Al que aprovechare económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave. Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente.

> No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta.

Sin pretensiones de ahondar en el análisis de este nuevo tipo penal y su configuración, hemos de destacar que la respuesta del Derecho Penal se suma a las medidas legislativas que el Estado tiene obligación de implementar -en virtud de los compromisos internacionales- a fin de cumplir con la premisa de erradicación del trabajo infantil y protección del niño frente a la explotación económica.

Esta nueva figura penal se ubica en el Título V "De los delitos contra la libertad", más específicamente, en su Capítulo I de "Delitos contra la libertad individual".

Como señala Mariano Guzmán:

> El trabajo infantil que se pretende eliminar -su aprovechamiento desde el punto de vista represivo- conculca diferentes aristas del mentado bien de la libertad; si se repara en que al vulnerarse aquélla, de modo inmanente se entorpece el desarrollo integral de los niños y niñas, al tiempo que se afecta sus derechos humanos básicos, como lo son el derecho a la salud, a la igualdad de trato y oportunidades, a la no discriminación, y el correlativo derecho constitucional de aprender previsto en el art. 14 de la Ley Fundamental (Guzmán, 2013-1113).

La acción típica consiste en "aprovecharse económicamente" del trabajo de un niño o niña, es decir, de los menores de edad. En tal sentido, se ha dicho que implica el disfrute o goce de los resultados económicos que provienen de la actividad laboral del menor en beneficio de un tercero. Dicho en otros términos, consiste básicamente en sacar provecho de carácter económico de la fuerza laboral de un menor de edad cuya ocupación laboral se encuentra prohibida por la legislación nacional argentina, concretamente por la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744).

La explotación siempre implica la instrumentalización del menor para el ejercicio de una actividad determinada, en este caso, una actividad laboral, y tal instrumentalización sólo puede conseguirse a través de ciertos medios o mecanismos violentos, fraudulentos o coercitivos. El aprovechamiento sólo significa a los fines típicos, una modalidad de "sacar ventajas o beneficios" de la actividad laboral de un tercero, en este caso, de un menor de dieciséis (16) años de edad.

4. Reflexiones finales

El reconocimiento de jerarquía constitucional y de superioridad respecto de las leyes internas a un Tratado Internacional específico de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, como es la Convención de los Derechos del Niño, conllevó a la *constitucionalización del trabajo infantil* y, en general, de todas las temáticas propias de la niñez y la adolescencia reservadas tradicionalmente al Derecho Privado.

Podemos sostener que contamos con un avance *normativo* en lo que respecta a la problemática del trabajo infantil, dado fundamentalmente por la Convención, los Convenios de la O.I.T, y la legislación interna (Ley 26.061, Ley 26.390, Ley 26.847).

La reflexión, debate y la argumentación jurídica sobre el problema del trabajo infantil que tiene como causa un factor económico es posible a la luz de los derechos económicos, sociales y culturales del niño, niña y adolescente, que han sido reconocidos de manera especial a nivel internacional, y que a partir de la reforma constitucional de 1994 son complementarios de los derechos y garantías de la primer parte de nuestra Carta Magna.

Si reflexionamos, debatimos y argumentamos jurídicamente desde el Derecho Laboral, reducimos el problema a la existencia de una relación jurídica laboral que el Derecho prohíbe tradicionalmente. Si en cambio, lo hacemos desde el Derecho Constitucional podemos detenernos en la causa del problema, es decir, en la situación de carencias materiales -que puede constituir una verdadera situación de pobreza o indigencia- que les impide a cada uno de los integrantes de la familia ejercer sus derechos fundamentales.

Desde una mirada más integral de la problemática, hemos de argumentar que previo a la existencia de una conducta prohibida del empleador, existe un problema de falta de acceso al ejercicio de los *derechos económicos, sociales y culturales del niño* carenciado que trabaja, y que se extiende a todo su grupo familiar.

Desde esta óptica, el trabajo infantil es analizado y enseñado como un problema de vulneración de derechos humanos del niño.

De allí que además la reflexión, debate y la argumentación giran en torno a la necesaria intervención del Estado, traducida en la adopción e implementación de políticas públicas en todos sus niveles, destinadas a garantizar el ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales del niño.

Con respecto a las tres leyes internas referidas (Ley 26.061, Ley 26.390 y Ley 26.847), cabe remarcar que las mismas se ajustan al paradigma instalado a partir de la Convención de los Derechos del Niño, pero que el desafío más grande reposa en su efectiva aplicación y eficacia en la realidad social, lo que no ha sido objeto de este trabajo.

Se terminó de imprimir en el mes de febrero de 2015
en la Imprenta Roma de la ciudad de Santa Rosa.
Se imprimieron 300 ejemplares.

PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

www.juslapampa.gov.ar

COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA