VOL. VII Nº 2 | DICIEMBRE 2015 ISSN 2313-9285

# CDJLP

## CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

### DOCTRINA

**NICOLÁS EMANUEL OLIVARES.** DIVISIÓN DELIBERATIVA DE PODERES Y CONTROL JUDICIAL DIALÓGICO.

**DANIELA ZAIKOSKI BISCAY.** APROXIMACIONES A LA JURISPRUDENCIA PROVINCIAL RECIENTE EN CASOS DE PROCESOS CONSTITUCIONALES.

**VICTORIA SANTESTEBAN.** DERECHOS HUMANOS Y PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL. LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL MERCOSUR.

**GEORGINA DORONI.** LA IRRUPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL EN EL DERECHO: ¿UN "NUEVO JUEZ"? EL PAPEL DEL JUEZ EN EL PROCESO AMBIENTAL.

**CARLOS D. LUQUE.** NOCIONES ACTUALES DE LA DISYUNTIVA "AUTONOMÍA MUNICIPAL" VS. "AUTARQUÍA MUNICIPAL".

**AGUSTINA PÉREZ.** EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD COMO HERRAMIENTA PARA LA ELIMINACIÓN DE ESTEREOTIPOS SOCIO-CULTURALES DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.

**CARINA SANTOS BONO, MARCELA FERNÁNDEZ ZORRILLA, ELEONORA CORDERO.** EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO HUMANO: SU VINCULACIÓN CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

**DANIELA ALLENDE, RODRIGO VILLA.** LA TRATA DE PERSONAS Y EL ROL DE LA SOCIEDAD.

**FABIANA BERARDI, TORIBIO ENRIQUE SOSA.** BENEFICIO DE GRATUIDAD AL CONSUMIDOR: COMPARACIÓN CON EL BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS CIVIL Y COMERCIAL Y CON EL BENEFICIO DE GRATUIDAD LABORAL.

**NÉSTOR ALEXIS BRACAMONTE.** LA PREJUDICIALIDAD PENAL Y EL JUICIO EJECUTIVO.

Vol. VII Nº 2 | Diciembre 2015 ISSN 2313-9285

# CDJLP

## Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa

Poder 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 2016 a la dirección jurisprudencia@juslapampa.gob.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 2015

*Presidenta*

DRA. ELENA VICTORIA FRESCO

*Ministros*

DR. EDUARDO FERNÁNDEZ MENDÍA

DR. HUGO OSCAR DÍAZ

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

**COORDINACIÓN**

GUSTAVO ARBALLO

**EQUIPO DE LA SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA**

ANAVELIA ÁLVAREZ

GRISELDA MANZANO

ROMINA MARASCHIO

**CONTACTO**

**SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA**

AVDA. URUGUAY 1097, PISO 3º.

SANTA ROSA, LA PAMPA (CP 6300)

EMAIL: jurisprudencia@juslapampa.gob.ar

Los artículos firmados son de exclusiva responsabilidad de sus autores
y no reflejan la opinión de los responsables de esta publicación
ni del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa.

# INDICE

DOCTRINA

*NICOLÁS EMANUEL OLIVARES*

**DIVISIÓN DELIBERATIVA DE PODERES Y CONTROL JUDICIAL DIALÓGICO.**

11

*DANIELA ZAIKOSKI BISCAY*

**APROXIMACIONES A LA JURISPRUDENCIA PROVINCIAL RECIENTE EN CASOS DE PROCESOS CONSTITUCIONALES.**

33

*VICTORIA SANTESTEBAN*

**DERECHOS HUMANOS Y PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL. LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL MERCOSUR.**

73

*GEORGINA DORONI*

**LA IRRUPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL EN EL DERECHO: ¿UN "NUEVO JUEZ"? EL PAPEL DEL JUEZ EN EL PROCESO AMBIENTAL.**

99

*CARLOS D. LUQUE*

**NOCIONES ACTUALES DE LA DISYUNTIVA "AUTONOMÍA MUNICIPAL" VS. "AUTARQUÍA MUNICIPAL".**

123

*AGUSTINA PÉREZ*

**EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD COMO HERRAMIENTA PARA LA ELIMINACIÓN DE ESTEREOTIPOS SOCIO-CULTURALES DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.**

147

*Carina Santos Bono, Marcela Fernández Zorrilla, Eleonora Cordero*

**El acceso a la justicia como derecho humano: su vinculación con la violencia de género.**

169

*Daniela Allende, Rodrigo Villa*

**La trata de personas y el rol de la sociedad.**

197

*Fabiana Berardi, Toribio Enrique Sosa*

**BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS CIVIL Y COMERCIAL Y CON EL BENEFICIO DE GRATUIDAD LABORAL.**

221

*Néstor Alexis Bracamonte*

**La Prejudicialidad penal y el juicio ejecutivo.**

239

# DIVISIÓN DELIBERATIVA DE PODERES Y CONTROL JUDICIAL DIALÓGICO

*Nicolás Emanuel Olivares*[*]

## 1. Introducción

Desde fines de la década de 1980, la teoría democrática deliberativa ha recibido el apoyo de renombrados teóricos políticos. Entre estos, cabe destacar a J. Cohen, J. Dryzek, J. Bohman, J. Rawls, J. Habermas, A. Gutmann y D. Thompson, J. Mansbridge, etc. Hasta el momento, dicha teoría ha trasuntado tres etapas teóricas más o menos definidas: normativa, empírica, e integradora.

En una primera etapa teórica, los defensores del modelo deliberativo tuvieron por meta sentar las principales bases normativas y conceptuales del mismo, con lo cual se abocaron a identificar los principios de contenido, de procedimiento, de preclusión, y de acomodación que integran el ideal democrático deliberativo[1][2]. Los principios de contenido refiere a aquellos

[*] Abogado (UNC), Profesor Universitario (UCC). Doctorando en Derecho y Cs Sc (UNC), Maestrando en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC), Becario doctoral CONICET. Docente Adscripto en Derecho Constitucional (UNC), y Ética (UNC). Integrante del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, de la Facultad de Derecho y Cs Sc (UNC). E-mail: olivares.nicolasemanuel@gmail.com Agradezco a los integrantes del *Seminario de Lectura en Teoría Constitucional* (CIJS-UNC) por sus generosos comentarios efectuados a una versión preliminar del presente trabajo.

[1] Respecto a la explicitación del contenido y forma de dichos principios, véase: Gutmann A. y Thompson D., 1996, *Democracy and Disagreement*, Harvard: Harvard U. P.; Gutmann, A., y Thompson, 2004, *Why deliberative democracy?*, Princeton: Princeton U. P.

[2] Gutmann y Thompson señalan que la concepción democrática deliberativa posee cuatro características, a saber: 1) implica un proceso de mutuo intercambio de razones, en el que los deliberantes buscan alcanzar justos términos de cooperación social; 2) las razones que se esgriman en dicho proceso deben ser públicamente accesibles a todos los afectados por la medida en cuestión; 3) dicho proceso deliberativo debe tener por fin producir una medida política vinculante para todos los ciudadanos durante un determinado período de tiempo; y 4) las medidas políticas y principios utilizados durante el proceso deliberativo son moral y

estándares políticos que el contenido de las decisiones políticas debe necesariamente respetar (libertad, igualdad, autonomía, oportunidad). Los principios de procedimiento determinan que estándares políticos deben respetarse durante el proceso dialógico intersubjetivo de toma de decisiones (reciprocidad, publicidad, rendición de cuentas). Los principios de preclusión señalan cuáles razones deben considerarse incluidas y cuáles excluidas de la deliberación pública en materia de decisión política (idea de razón pública irrestricta, inclusiva, o exclusiva). Los principios de acomodación moral refieren al carácter, actitud, predisposición, o virtudes cívicas que los ciudadanos individualmente considerados deben tener durante el proceso deliberativo (integridad cívica, magnanimidad cívica)[3]. En síntesis, la democracia deliberativa puede ser definida como aquel ideal político regulativo conforme el cual la legitimidad democrática de las medidas, normas e instituciones políticas depende de la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación moral, en el cual los afectados por dicha decisión deliberan públicamente entre sí[4].

Luego en una segunda instancia, los deliberativistas se abocaron a estudiar las implicancias institucionales de aquella concepción democrática. Las instituciones aquí estudiadas han sido numerosas (día deliberativo, sondeo deliberativo, micro-público, micro-asamblea, poder ciudadano como cuarta rama del gobierno, tribunal constitucional ciudadano, etc.). Algunas de ellas implican reformas moderadas y otras reformas más radicales a los actuales esquemas institucionales de gobierno. La idea central ha sido

---

políticamente provisionales (Gutmann y Thompson, 2004: 3-6). La combinación de estas cuatro características, permite a los autores definir a la democracia deliberativa como "…una forma de gobierno en la que ciudadanos libres e iguales (y sus representantes), justifican sus decisiones en un proceso en el que cada uno da razones mutuamente aceptables y generalmente accesibles, con el objetivo de llegar a conclusiones que sean vinculantes en un presente para todos los ciudadanos, pero abierto a cambios en un futuro…" (Gutmann y Thompson, 2004: 7).

[3] A los fines de profundizar en el contenido y límites de cada uno de estos tres tipos de principios (de contenido, de procedimiento, de preclusión, de acomodamiento), véase: Gutmann y Thompson, 1996, Ob. cit.

[4] El concepto de democracia deliberativa se diferencia de los conceptos pluralista, elitista, y populista de democracia. En otras palabras, dichos conceptos describen ideales regulativos opuestos. A los fines de dar con una adecuada contraposición entre dichos conceptos, véase: Nino, 1997: 197-198.

promover una mayor calidad democrática deliberativa de las instituciones formales de gobierno a la par de nutrir de una más adecuada información y habilidad argumentativa a los ciudadanos. En este marco reformista, ha recibido una especial atención la incógnita relativa a cuál es el mejor mecanismo deliberativo de control de constitucionalidad posible[5].

Al respecto de dicho mecanismo, los deliberativistas han propuesto diversos tipos de diseño institucional, entre los cuales podemos destacar cuatro tipos generales: 1) judicial no dialógico, con supremacía judicial (J. Rawls, J. Habermas)[6]; 2) judicial dialógico, con supremacía judicial (C. H. Mendes, J. L. Martí)[7]; 3) judicial dialógico, con supremacía parlamentaria (S. Linares, J. C. Bayón)[8]; y 4) judicial dialógico, con supremacía ciudadana (C. Zurn, H. Spector)[9].

---

[5] Cabe destacar que el mecanismo de control de constitucionalidad ha sido tradicionalmente presentado bajo una modalidad judicial y vinculado con los conceptos de supremacía y rigidez constitucional. Al respecto, véase: Bayón, 2004: 132-138.

[6] RAWLS, J., 1996, *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia U. P.; Habermas, J., 1998, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press.; Habermas, J., 2004, "El Estado de derecho democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios?, en Tiempo de Transiciones, Madrid: Trotta.

[7] En relación a la obra de C. H. Mendes, relativa a control deliberativo de constitucionalidad, véase: Mendes, C. H., 2009a, "Is it all about the last word? - Deliberative separation of powers I", en Legisprudence, Vol. 3, N° 1, pp. 69-110.; Mendes, C. H., 2009b, "Not the last word, but dialogue - Deliberative separation of powers II", en Legisprudence, Vol. 3, N° 2, pp. 191-246.; Mendes, C. H., 2011, "Neither dialogue, nor last word - Deliberative separation of powers III", en Legisprudence, Vol. 5, N° 1, pp. 1-40.; Mendes, C. H., 2014, "Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra, en Gargarella R., (Comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 159-185. En cuanto al trabajo de J. L. Martí en materia de control de constitucionalidad, véase: Martí, J. L., 2006, *La República Deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.; Martí, J. L., 2011, "Democracia y control judicial de constitucionalidad", en el II Simposio de Ética y Derecho Constitucional. Córdoba: U.N.C.; Martí, J. L., 2014, "Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word", en *Ratio Juris*, n° 27, vol. 4, pp 550-558.

[8] Respecto a este diseño de control deliberativo de constitucionalidad pueden citarse los siguientes trabajos de dichos autores: Bayón, J. C., 2000, "Derechos, democracia y constitución", en Revista Discusiones, año N° 1, pp. 65-94; Bayón, J. C., 2004, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en J. Betegón Et Al. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 67-138;

Al respecto de esta clasificación, caben dos mínimas aclaraciones terminológicas. En primer lugar, el carácter de *dialógico* o *no dialógico* depende aquí de que los organismos encargados de efectuar el control de constitucionalidad deliberen o no entre sí. En segundo lugar, la *adjetivación del término supremacía* (judicial, parlamentaria o ciudadana) refiere aquí a cuál es el agente político que ostenta la última palabra institucional, aunque la misma sea de tipo provisoria y no definitiva.

En este trabajo nos abocaremos a estudiar una particular justificación del diseño institucional que aquí hemos identificado como *judicial dialógico con supremacía judicial*, la cual ha sido ofrecida por el teórico deliberativista C. H. Mendes[10]. Los argumentos esgrimidos por C. H. Mendes en defensa dicho tipo deliberativo de control de constitucionalidad, pueden resumirse en dos: 1) respeta más adecuadamente que los diseños institucionales rivales el principio de igual autonomía política (argumento intrínseco); y 2) garantiza un procedimiento y resultado epistémicamente superior al ofrecido por los diseños institucionales rivales (argumento epistémico). En síntesis, señala que el control judicial dialógico de constitucionalidad respeta adecuadamente el principio (intrínseco e instrumental) de legitimidad democrática deliberativa.

No obstante su complejidad, los trabajos académicos de C. H. Mendes, quizás por su carácter novel o por estar redactados en su

---

Linares, S., 2008a, La *(I)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons; S. Linares, 2014, "Justicia dialógica interinstitucional: de lege ferenda y de lege lata", en Gargarella, R., (Comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 187-192.

[9] Al respecto de las obras de C. Zurn y de H. Spector, relativas al control de constitucionalidad, véase: Zurn, C. F., 2007, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Cambridge: Cambridge U. P.; Spector, H., 2014, "Un sistema democrático de control constitucional", en Gargarella, R., (Comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 193-208.

[10] En un trabajo anterior, publicado en esta misma revista, hemos analizado en profundidad los diseños institucionales de control deliberativo de constitucionalidad que aquí identificamos como de tipo judicial no dialógico (con supremacía judicial) y judicial dialógico (con supremacía parlamentaria). Al respecto, véase: Olivares, N. E., 2013, "En defensa de un modelo dialógico deliberativo de control judicial de constitucionalidad", en *Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa*, (3), V, pp. 105-132.

mayoría en idioma inglés, no han sido lo suficientemente debatidos entre los teóricos políticos latinoamericanos, lo cual evidencia un *primer atractivo* para su discusión filosófica política. Así también, puede identificarse un segundo atractivo de los trabajos de C. H. Mendes. Este *segundo atractivo* reside en que adopta un enfoque integrador de presupuestos normativos y empíricos, lo que permite que su obra trascienda aquella segunda etapa teórica de la democracia deliberativa y pueda ser inscripta en una tercera etapa de desarrollo conceptual.

En relación a dicha tercera etapa teórica, cabe advertir que está actualmente vigente y tiene por meta integrar los conocimientos normativos con los empíricos, En esta etapa se inscriben las teorizaciones de J. Parkinson, J. Mansbridge, Et. Al., relativas a cuales debieran ser desde un enfoque sistémico los criterios normativos de evaluación de las prácticas deliberativas concretas, así como los de J. Steiner, Et. Al., atinentes a cómo pueden contribuir los experimentos deliberativos reales con el esclarecimiento de ciertas controversias normativas[11].

Atendiendo a este específico trasfondo conceptual, es que el presente trabajo tendrá por objetivos principales: 1) reconstruir los argumentos ofrecidos por C. H. Mendes en defensa de un control judicial dialógico de constitucionalidad con supremacía judicial; 2) explicitar ciertas objeciones contra dicha postura teórica; y 3) ofrecer argumentos en defensa de un control deliberativo multisituado de constitucionalidad.

## 2. Control judicial de constitucionalidad y legitimidad democrática. Tres perspectivas generales

[11] Al respecto de las obras que integran dicha tercera etapa teórica, véase: Parkinson, J., Mansbridge, J., Et Al., 2012, *Deliberative Systems*, Oxford, Oxford U. P.; Mansbridge, J., 1999, "Everyday talk in the deliberative system", en Macedo, S., *Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement*, New York: Oxford U. P., pp. 211-239; Steiner, J., Et. Al, 2004, *Deliberative politics in action: Analyzing parliamentary discourse*, Cambridge: Cambridge U. P.; y Steiner, J., 2012, *The Foundations of Deliberative Democracy: empirical research and normative implications*, Cambridge: Cambridge U. P.

C. H. Mendes señala que el debate sobre la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad puede enfocarse desde tres perspectivas disímiles.

La *primera* de ellas busca dar respuesta a la pregunta acerca de quién posee la última palabra en materia de interpretación constitucional en una democracia, presuponiendo de que solo un poder constituido debiera estar a cargo de dicha tarea.

La *segunda* considera que dicha primera perspectiva es obtusa, atento la interpretación constitucional es efectuada por más de un poder constituido, por lo tanto el verdadero interrogante es si el mecanismo de control judicial de constitucionalidad promueve o no y de qué manera un genuino diálogo entre poderes constituidos con funciones estáticas y fijas.

En *tercer lugar*, puede identificarse una perspectiva conciliadora o complementaria de las dos perspectivas anteriores, la cual sostiene que dichas perspectivas aisladamente consideradas son reduccionistas y debieran ser vistas como aspectos de un interrogante más general, a saber: ¿cómo se integra el sistema de control judicial de constitucionalidad en el marco de un sistema democrático deliberativo?[12]. Esta perspectiva propone diferenciar en qué casos debiera preocuparnos la determinación del poder constituido que tendría la última palabra, y en cuáles otros la atención debiera estar puesta en la interacción entre los poderes constituidos[13].

C. H. Mendes sostiene que ninguno de los poderes constituidos tiene la última palabra porque en el marco de un sistema democrático deliberativo no existe algo así como la última y definitiva palabra. De este modo, la pregunta a responder no es: ¿quién posee la última palabra institucional en un sistema democrático?, sino ¿quiénes, cómo y cuando deciden sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas en tal sistema?[14].

C. H. Mendes considera que las posturas extremas son inadecuadas. Es decir, resulta igual de inaceptable la *tesis de la última palabra* como la *tesis de la no existencia de una última palabra*.

---

[12] MENDES, C. H. 2014: 159-160.

[13] MENDES, C. H. 2014: 163.

[14] MENDES, C. H. 2009a: 40.

Conforme C. H. Mendes debe adoptarse una *tesis intermedia* conforme la cual existe una *última palabra provisional*, en tanto revisable, abierta, cuestionable y no definitiva[15].

Por un lado, la tesis de la última palabra resulta inaceptable porque desconoce el hecho de que toda norma política no es definitiva sino revisable. Por el otro, la tesis de la inexistencia de una última palabra desconoce la existencia de una última palabra provisional, ya que en materia política, atento la dimensión temporal de los asuntos humanos, resulta necesario siempre tomar una decisión concreta y no quedarse en la mera deliberación.

En otras palabras, C. H. Mendes señala que ambas tesis extremas reconocen un aspecto importante pero desconocen otro, lo cual las vuelve incompletas y vuelve necesario adoptar una tesis intermedia[16].

## 3. Una división deliberativa de poderes constituidos como implementación institucional de un enfoque sistémico de la democracia deliberativa

C. H. Mendes considera que la mayoría de las teorías justificatorias de un determinado diseño de control de constitucionalidad carecen aún de un desarrollo más amplio sobre el papel de la deliberación en la política, de los logros que puede perseguir y valores que puede cumplir. En otras palabras, lo que falta es el desarrollo de una adecuada *teoría general de la separación deliberativa de poderes constituidos*. C. H. Mendes se pregunta entonces: ¿en qué consiste una teoría deliberativa de separación de poderes?[17].

Dicha teoría deliberativa de separación de poderes debería empezar por reconocer que la teoría de frenos y contrapesos,

---

[15] MENDES, 2014: 162-163.

[16] C. H Mendes señala que la última palabra resulta relevante en dos situaciones específicas, a saber: 1) en las que deba tomarse una decisión que tenga pretensiones ciertas de durabilidad acerca de un tema controvertido; y 2) en aquellas en las que se deba tomar una decisión colectiva que sea válida, razonable, o aceptable para todos los afectados (Mendes, 2014: 163).

[17] MENDES,C. H. 2009b: 32.

justificatoria de la separación de poderes, se ha concebido como un medio eficiente para evitar la tiranía de uno de los poderes por sobre los otros, equilibrando y compensando la fuerza política de dichas tres ramas (legislativa, ejecutiva y judicial). Sin embargo, lo correcto sería desarrollar una teoría justificatoria distinta, que no parta de una lógica agonal o conflictual entre poderes, sino de una perspectiva dialógica, comunicativa, deliberativa, tendiente a promover la cooperación política entre dichas tres ramas[18].

Al respecto de dicha perspectiva dialógica entre poderes constituidos, C. H. Mendes comparte la tesis normativa de R. Gargarella conforme la cual para una adecuada y genuina implementación de un sistema democrático deliberativo debemos mudar de un tipo de interacción agonal entre poderes constituidos a una de tipo dialógica.[19] Por su parte, C. H. Mendes sostiene que la teoría liberal decimonónica de separación de poderes y su justificación de frenos y contrapesos resulta incoherente o inconsistente con el ideal regulativo de deliberación democrática[20].

C. H. Mendes desea que los poderes constituidos estén en continuo diálogo, lo cual vuelve necesario delinear una teoría constitucional dialógica. Según C. H. Mendes, los dos componentes necesarios de una *teoría del diálogo constitucional*, son: a) una teoría general de la división de poderes; y b) una teoría de la decisión, tanto de los tribunales y de los parlamentos. C. H. Mendes señala que el diálogo político, así como otros casos de comportamiento político, surge de la articulación de un determinado diseño institucional y una cultura política adecuada. Es explicable, por decirlo así, por la fusión de los acuerdos formales con las actitudes culturales de fondo que operan tras estos arreglos [21][22].

---

[18] MENDES, C. H. 2009b: 32.

[19] GARGARELLA, R., "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos", en Gargarella, R., (Comp.), 2014, *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores, (pp. 119-158), p. 152.

[20] MENDES, C. H. 2009b: 32.

[21] MENDES,C. H. 2009b: 31.

[22] C H. Mendes señala que los aspectos institucional y cultural son complementarios, de manera que no pueden invocarse aisladamente para justificar la imposición de determinado mecanismo democrático deliberativo. De este modo, C. H. Mendes rechaza las teorías deliberativas que brindan justificaciones

Desde esta perspectiva dialógica surge entonces la pregunta de cómo equilibrar o superar la tensión entre continuidad y finalidad, entre cambio y estabilidad, entre deliberación continua y última palabra institucional. A fin de equilibrar ambas dimensiones, C. H. Mendes defiende la adopción de una teoría del control de constitucionalidad que entiende a dicha función revisora como de tipo contingente y contextual. En otras palabras, conforme C. H. Mendes, una adecuada teoría del control de constitucionalidad debe atender a: i) las implicancias de adoptar una concepción deliberativa del sistema democrático; y ii) los factores contextuales propios de cada sociedad democrática. Atendiendo a dichos elementos debe adoptarse el diseño institucional que mejor se adapte al contexto y promueva la mayor y mejor deliberación entre poderes constituidos[23].

C. H. Mendes sostiene que cada sociedad política tiene que tomar una posición sobre si los tribunales o parlamentos tienen derecho a la *última palabra provisional*[24]. Sin embargo, esta simple elección no define si este régimen es más o menos democrático. Conforme C. H. Mendes, *no hay una respuesta jurídica universal* a ese dilema institucional. Las opciones van a ser contingentes, y cada comunidad exigirán una solución particular sobre la base de varias otras *consideraciones contextuales*[25].

De este modo, conforme C. H. Mendes, la teoría constitucional dialógica, en tanto tesis normativa intermedia, entre las tesis extremas de la última palabra, y de la no existencia de última palabra equilibraría las dos variables en tensión (cambio y estabilidad) mediante el empleo respectivo de las nociones de *ronda de procedimiento* y de *última palabra provisional* [26].

El concepto de *ronda de procedimiento* refiere a que cada poder constituido a su turno procesal podrá pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales. El concepto de *última palabra provisional* hace alusión a que en una democracia

---

puramente institucionalistas y las ofrecen argumentos puramente culturales. (Mendes, 2009b: 31).

[23] MENDES, C. H. 2009b: 32.

[24] MENDES,C. H. 2009a: 41.

[25] MENDES, C. H. 2009a: 41.

[26] MENDES, C. H. 2009b: 32

deliberativa resulta necesario determinar cuál será el poder constituido que posea la última palabra institucional en dicha ronda deliberativa, aunque la misma estará sujeta a una futura revisión lo cual la vuelve provisoria y no definitiva.

Desde esta perspectiva C. H. Mendes, sostiene que el mejor enfoque normativo a adoptar de una concepción democrática deliberativa es de tipo sistémico, razón por la cual reconstruye al sistema constitucional de división de poderes como un *sistema democrático deliberativo*.

En defensa de esta *perspectiva deliberativa sistémica*, C. H. Mendes señala que su adopción es la forma más adecuada de a) dar cuenta de cómo debe definirse normativamente un sistema institucional democrático con división de poderes; y b) describe de manera más precisa cómo funciona empíricamente dicho sistema en la práctica constitucional (Mendes, 2014: 159-160). C. H. Mendes señala que la distribución de funciones entre los poderes constituidos es una cuestión dinámica (no estática) y contingente (no fija), y se va configurando a través del desarrollo de la práctica constitucional misma (Mendes, 2014: 165, 170-171)[27].

C. H. Mendes interpreta a la división de poderes como un dispositivo de carácter deliberativo, es decir un mecanismo institucional que: 1) permite compensar la mayor o menor calidad democrática deliberativa de un poder constituido con otro; 2) posibilita la distribución de funciones políticas generales entre diversas instancias o cuerpos institucionales; y 3) promueve el

[27] Cabe señalar que la postura de C. H. Mendes (2009a, 2009b, 2011, 2014) se diferencia notablemente de las de C. Zurn (2007) y de H. Spector (2014) en dos aspectos centrales: a) en primer lugar los diseños institucionales propuestos por C. Zurn y H. Spector otorgan funciones fijas y estáticas a solo dos centros de control, mientras que C. H. Mendes asigna funciones variables y dinámicas a todos los centros de autoridad constitucional intervinientes; y b) las teorías de C. Zurn y H. Spector señalan que existe una respuesta jurídica universal a toda sociedad democrática, siendo que C. H. Mendes asume una concepción contingente y contextualista de los diseños institucionales específicos. Al respecto de su propia postura, C. H. Mendes señala que: "…resulta posible pensar la legitimidad de Parlamentos y Cortes de una manera contextual y comparativa, en vez de hacerlo de forma abstracta y a priori. La legitimidad política es una propiedad institucional volátil que depende en parte de los resultados y en parte de las credenciales formales. Es una meta que alcanzar y preservar en cada decisión." (Mendes, 2014: 177).

diálogo intrainstitucional e interinstitucional acerca de temas políticos públicos (Mendes, 2014: 160).

En este entendimiento, C. H. Mendes atribuye a dicho sistema deliberativo tres grandes funciones, a saber: 1) *compensatoria*: las atribuciones otorgadas a cada poder constituido pueden equilibrarse, contrarrestarse, o compensarse entre sí; 2) *distributiva*: cada poder constituido puede asumir un rol, tarea, o función específica en el marco de un sistema inter-poderes de interpretación constitucional; y 3) *relacional*: los poderes constituidos se comunican, relacionan, interactúan de manera deliberativa, posibilitando y fomentando el intercambio de razones políticas inter-poderes (Mendes, 2014: 160).

A su vez, C. H. Mendes señala que el ideal democrático deliberativo: a) no solo debe pensarse como un criterio de formulación y evaluación de las *formas* políticas; sino también, b) del *contenido* de las normas o decisiones adoptadas, es decir de los resultados de dicho sistema (Mendes, 2014: 168). En este sentido, C. H. Mendes se aboca al estudio del *desempeño deliberativo* de los distintos diseños institucionales que admite un mecanismo de control de constitucionalidad deliberativa, sea predominantemente judicial o parlamentario (Mendes, 2014: 168).

Dicho desempeño deliberativo es medido no solo en función de su *valor intrínseco*, sino fundamentalmente en relación a la *calidad epistémica* alcanzada por los resultados devenidos de la aplicación de dicho mecanismo de control interactivo (Mendes, 2014: 168). En palabras del autor: "…la interacción deliberativa entre las ramas del gobierno tiene un potencial epistémico: ofrece una mayor posibilidad de alcanzar buenas respuestas con el tiempo" (Mendes, 2014: 168). En otras palabras, C. H. Mendes se propone analizar el concepto de desempeño deliberativo en tanto herramienta normativa útil "…para reflexionar acerca de la legitimidad de cada institución contextualmente *ex post*" [28][29].

## 4. Un control judicial dialógico de constitucionalidad

---

[28] MENDES, C.H. 2014: 170.

[29] Al respecto, C. H. Mendes sostiene que: "La democracia no puede abdicar de un juicio consecuencialista con el propósito de certificar la legitimidad de sus instituciones. La legitimidad democrática no debería limitarse a un criterio formal ex ante y no puede agotarse en una mera ingeniería constitucional" (Mendes, 2014: 176).

Una vez planteada y justificada la necesidad de adoptar: a) una perspectiva normativa intermedia, sustentada en la noción de *última palabra provisional*; y b) una perspectiva deliberativa sistémica, que tiene por epicentro a la noción de *división deliberativa de poderes constituidos*, C. H. Mendes se plantea el siguiente interrogante: ¿cuál es la institución encargada de expresar la última palabra provisional en materia de constitucionalidad de las leyes?[30].

Ante dicha incógnita C. H. Mendes analiza los argumentos esgrimidos en defensa de dos tipos de modelos dialógicos de control de constitucionalidad, a saber: a) parlamentario; y b) judicial[31]. En este marco, C. H. Mendes rechaza las posturas extremas de J. Waldron, quien define a la legitimidad política de manera puramente procedimentalista, y de su maestro R. Dworkin quien adopta una concepción sustantivista de la misma[32].

En contraposición a dichas posturas extremas, C. H. Mendes adopta una concepción epistémica dialógica de la legitimidad política, conforme la cual "…la interacción deliberativa entre las ramas de gobierno tiene un potencial epistémico: ofrece una mayor posibilidad de alcanzar buenas respuestas con el tiempo"[33]. Dada esta definición de la idea de legitimidad política, C. H. Mendes señala que el control judicial de constitucionalidad ofrece una mayor probabilidad de alcanzar la respuesta correcta[34].

C. H. Mendes brinda tres argumentos en defensa de un control judicial dialógico de constitucionalidad (CJC), a saber: 1) el sistema de control parlamentario no da cabida a la faz sustancial del concepto de legitimidad, siendo por ello una concepción reduccionista; 2) el CJC es percibido por los ciudadanos como un límite externo y contra-equilibrio necesario al poder político; y 3) el CJC posibilita la existencia de una mejor y mayor deliberación entre ciudadanos, en términos de fomentar el intercambio de razones

---

[30] MENDES, C. H. 2014: 163

[31] MENDES, C. H. 2014: 168

[32] MENDES, C. H. 2014: 171-174

[33] MENDES, C. H. 2014: 168

[34] MENDES, C. H. 2014: 174

públicas como justificativos a favor o en contra de tales o cuales normas o medidas políticas[35].

En otras palabras, conforme C. H. Mendes el control judicial de constitucionalidad puede asumir dos valiosas funciones: una negativa y otra positiva. La *función negativa* consiste en establecer un filtro frente a normas irrazonables, ilegítimas o injustas. La *función positiva* refiere la promoción de una mayor legitimidad democrática deliberativa y calidad epistémica de aquellas decisiones que involucren a los elementos constitucionales esenciales[36].

## 5. Evaluación normativa de la postura adoptada por C. H. Mendes

Habiendo reconstruido la postura de C. H Mendes, toca en turno ahora evaluar normativamente sus argumentos así como el diseño institucional por el propuesto.

Al respecto de esta empresa evaluativa, puede apreciarse que dicho autor: a) adopta una concepción predominantemente consecuencialista y epistémica de la evaluación del desempeño deliberativo de los poderes constituidos; b) otorga un rol activo a los poderes constituidos y pasivo al poder constituyente (originario y derivado); c) rechaza a priori un sistema de control de constitucionalidad preponderantemente parlamentario; y d) adopta una perspectiva contingente y contextual acerca del diseño institucional concreto de control de constitucionalidad a adoptar en cada sociedad democrática, pero a la vez promueve un control judicial dialógico de constitucionalidad.

Consideramos que cada una de estas cuatro características de la postura de C. H. Mendes, es pasible de una objeción normativa.

En primer lugar, consideramos que la evaluación normativa de los diseños institucionales no ideales no puede ser efectuada únicamente atendiendo a criterios epistémicos ex post, sino que debe incluir también criterios intrínsecos ex ante. C. H. Mendes se manifiesta a favor de *una concepción de legitimidad intermedia*, conforme la cual debemos optar por diseños institucionales

---

[35] MENDES, C. H. 2014: 174-175.

[36] MENDES, C. H. 2014: 183.

democráticamente legítimos que nos garanticen una mayor probabilidad de alcanzar una respuesta intrínseca e instrumentalmente correcta[37][38]. Sin embargo, su defensa de un control eminentemente judicial pareciera estar más sustentada en criterios epistémicos ex post que en criterios normativos intrínsecos ex ante. Ello atento: a) rechaza abiertamente la posibilidad de que se instrumente un control legislativo de constitucionalidad, siendo que dicho poder político es más representativo, es decir goza de mayor legitimidad política de origen que el Poder Judicial; y b) no considera siquiera la posibilidad de instaurar una instancia ciudadana de control deliberativo de constitucionalidad. En este sentido, parece que su propuesta de solución, de adoptar un control dialógico predominantemente judicial no está en equilibrio reflexivo con su propia concepción de legitimidad democrática.[39]

---

[37] MENDES,C. H. 2014: 172-174.

[38] Cabe señalar que la concepción de legitimidad democrática asumida por C. H. Mendes es similar o análoga a la de J. Rawls (1996), quien defiende un sustantivismo débil, y a la de J. C. Bayón (2000, 2004) y S. Linares (2008a, 2008b, 2014), quienes promueven una concepción procedimentalista débil.

[39] En relación al término equilibrio reflexivo, cabe señalar que es el método por excelencia de la filosofía moral y política contemporánea. Dicho método, propone contrastar las intuiciones o convicciones morales del investigador con un determinado criterio normativo de corrección, tal como justicia o legitimidad. En otras palabras, la corrección de nuestras intuiciones morales dependerá de su correspondencia o no con un determinado concepto de justicia o legitimidad. Ha sido John Rawls quien ha precisado con mayor detalle en qué consiste este método (Rawls, 1996). El equilibrio reflexivo, en tanto método filosófico moral de justificación y evaluación, se ha originado en la tradición coherentista (Seleme, 2004: 84). Esta última tradición señala que la corrección moral de nuestras acciones depende de su coherencia con los principios morales adoptados como guía de nuestra conducta. Han sido diversas las interpretaciones adoptadas sobre el concepto de equilibrio reflexivo, algunas de ellas criticables (Seleme, 2004: 100-109). Por un lado, para M. Sandel, el método del equilibrio reflexivo busca articular en una concepción de justicia nuestras convicciones sobre lo que consideramos correcto en correlación con una concepción metafísica de persona a la cual pueda aplicarse aquella concepción de justicia. Por otro lado, para J. Rawls, el método del equilibrio reflexivo busca, por un lado, articular nuestras convicciones sobre lo que consideramos correcto con una determinada concepción de justicia, sin que ello requiera apelar a una concepción metafísica de persona, sino a una concepción política de la misma (Seleme, 2004: 89, 109). En relación a cual es la interpretación que aquí adoptamos, es la propia de J. Rawls (Seleme, 2004: 109). Este método coherentista es entonces el que empleamos en la modalidad normativa-evaluativa del presente trabajo. A los fines de profundizar en la definición del término

En segundo lugar, C. H. Mendes adopta una definición reduccionista del término resultados políticos, atento se focaliza netamente en la calidad epistémica de las medidas, normas e instituciones adoptadas tras la deliberación política. Esta definición es reduccionista atento no incluye un tipo de resultados específico, que no se relaciona con las acciones políticas, sino con los sujetos políticos a saber, el aprendizaje moral efectuado por los participantes de dicho proceso deliberativo.[40] Más específicamente, C. H. Mendes propone un sistema de control de constitucionalidad que depende del accionar de los poderes constituidos, pero no incorpora en el sistema deliberativo una instancia de control ciudadano. En este sentido, cabe señalar que el diseño institucional deliberativo de control de constitucionalidad propuesto por C. H. Mendes no incluye adecuadamente a los ciudadanos comunes en dicho esquema dialógico. Al respecto, el enfoque sistémico en el cual C. H. Mendes sustenta su propuesta teórica señala que debe equilibrarse el rol desempeñado por los políticos profesionales y científicos políticos (expertos), con el de los ciudadanos comunes (legos)[41].

Una tercera objeción general, señala que más allá de defender un enfoque sistémico y dialógico, C. H. Mendes defiende un sistema de control constitucional en el cual el poder judicial ocupa un lugar más relevante que el del poder legislativo. Hemos señalado que C. H. Mendes brinda tres argumentos en contra de un modelo parlamentario de control deliberativo de constitucionalidad[42].

---

equilibrio reflexivo, véase: Seleme, H. O. (2004). "Posición original, equilibrio reflexivo y deontologismo", en *Análisis Filosófico*, XXIV Nº 1, 83-110.

[40] EL *aprendizaje moral* es pensado aquí como una vía o camino para empoderar a los ciudadanos y permitirles que lleven adelante un rol activo en la definición de las políticas públicas. En otras palabras, la deliberación democrática no solo tiene por fin promover normas, medidas o instituciones legítimas sino principalmente posibilitar un genuino autogobierno ciudadano. En este sentido, el criterio de aprendizaje moral tiene por norte o meta incorporar realmente aquellas voces ciudadanas que circunstancial o habitualmente se han visto excluidas o insuficientemente motivadas para participar del debate político.

[41] Al respecto de cómo equilibrar el rol de los ciudadanos con el de los expertos políticos en el marco de un sistema democrático deliberativo, véase: Christiano, T., 2012, "Rational deliberation among experts and citizens", en *Parkinson, Mansbridge, Et. Al.*, Ob. cit., pp. 27-51).

[42] MENDES ,C. H. 2014: 174-175.

Consideramos que cada uno de estos tres argumentos ofrecidos por C. H. Mendes, en defensa de un control judicial de constitucionalidad dialógico, resulta objetable.

i) Resulta falsa la tesis conforme la cual necesariamente (tautología), todo sistema de control parlamentario no da cabida a la faz sustancial del concepto de legitimidad democrática. Asociar la faz sustantiva del concepto de legitimidad política con el control judicial y la faz procedimental con el control parlamentario responde una postura reduccionista. Dicho reduccionismo implicaría asumir la siguiente tesis falsa: en el marco del procedimiento formal de sanción de las leyes no se tutelan o se tienen en cuenta los valores políticos sustantivos, ni se pretende alcanzar determinados resultados sustantivamente valiosos.

ii) Si el CJC es *percibido* por la ciudadanía como un adecuado limite externo a las pretensiones hegemónicas de poder de los poderes constituidos políticos (legislativo y ejecutivo), ello implica simplemente sostener que la ciudadanía tiene una *creencia* x acerca del comportamiento del sujeto y. Sin embargo, dicho razonamiento no implica necesariamente que: a) desde una perspectiva moral positiva, tal creencia sea universalmente aceptada en todas las sociedades democráticas; ni que b) desde una perspectiva moral crítica, tal creencia sea verdadera, válida, moralmente razonable o correcta. En otras palabras, el segundo argumento, brindado por C. H. Mendes en defensa del CJC, es de tipo descriptivo, atento describe una determinada situación empírica de carácter obviamente contingente que no puede aceptarse como argumento justificatorio de la tesis normativa conforme la cual el poder judicial efectúa un mejor control que el poder legislativo.

iii) El argumento de que el CJC promueve la deliberación política entre ciudadanos, constituye también un argumento descriptivo-empírico de carácter contingente. En este sentido se aplica lo dicho en relación a la objeción formulada al segundo argumento. Así también, si fuere el caso de que efectivamente se pruebe que en aquella sociedad democrática donde se desea implementar el CJC el mismo posibilita la deliberación política, ello no prueba aún que dicho control la promueva de una mejor manera que si estuviera a cargo del poder legislativo. Y si aún se probara esto último, tal situación sería contingente y no permitiría justificar

universalmente un rol preponderante del poder judicial en el control de constitucionalidad de las leyes.[43]

Una cuarta objeción señala que una adecuada implementación de la división deliberativa de poderes, propia de un enfoque sistémico de la democracia deliberativa, no puede dar ventajas a priori al control ejercido por parte de un poder constituido por sobre el que ejercita otro poder constituido, ni tampoco por sobre el control ejercido por la ciudadanía. En el caso de C. H. Mendes, si bien promueve una evaluación contingente y contextual de los diseños deliberativos de control de constitucional, considera que debe darse prioridad jerárquica al control judicial por sobre cualquier tipo de control legislativo y ciudadano.

En nuestra consideración, una genuina implementación de la perspectiva sistémica en materia de democracia deliberativa, y más precisamente una adecuada puesta en práctica de una división deliberativa de poderes conllevaría la adopción de un control deliberativo de constitucionalidad de tipo multisituado. Sin embargo, el lector se preguntará *¿en qué consiste un control deliberativo multisituado?* La respuesta a este interrogante será develada en el siguiente apartado.

## 6. Una propuesta superadora: control deliberativo multisituado de constitucionalidad

En este apartado explicitaremos las bases normativas de la que consideramos una propuesta de diseño institucional complejo y superador en relación a la adoptada por C. H. Mendes.

El carácter *complejo* de nuestra propuesta se debe a que atiende explícitamente tanto a la faz ideal como a la no ideal de la teoría democrática deliberativa. Al respecto, cabe advertir, que C. H. Mendes no explicita cuales de sus argumentos parten de un enfoque deliberativo ideal y cuales desde uno no ideal. A diferencia de este autor, proponemos adoptar un diseño institucional de control

[43] Por otro lado, el sistema de control constitucional de tipo dialógico defendido por C. H. Mendes parte de la idea de que las funciones interpretativas específicas que asume cada uno de los poderes constituidos depende de las confrontaciones y negociaciones efectivamente producidas entre ellos acerca de quien ostenta el mejor argumento a su favor (Mendes, 2014: 178).

deliberativo de constitucionalidad que responde a dos tesis normativas, una idea y otra no ideal.

Por un lado, consideramos que desde una *perspectiva normativa sistémica ideal* debe otorgarse en materia de control de constitucionalidad un rol de igual jerarquía normativa a la intervención de los poderes constituidos legislativo y judicial y un rol activo a la ciudadanía en tanto poder constituyente derivado. Para ello recomendamos la implementación obligatoria de una instancia parlamentaria y una instancia ciudadana de control, de tipo complementarias del control judicial.

Por otro lado, desde una *perspectiva normativa sistémica no ideal*, consideramos que la implementación real de un sistema deliberativo de control de constitucionalidad, debe admitir la preponderancia de aquel poder (constituido o ciudadano) que este en mejores condiciones de promover una mayor y mejor calidad democrática deliberativa del sistema en su conjunto, lo cual no permite defender a priori (ex ante) la prevalencia del poder judicial.

El carácter *superador* de nuestra postura, se debe a que la misma evita o sortea aquellas cuatro objeciones formuladas a la propuesta teórica de C. H. Mendes. De este modo, en contraposición a aquellas cuatro objeciones normativas, sostenemos que nuestra perspectiva normativa (en su faz ideal y no ideal), presenta los siguientes *cuatro atractivos*, a saber:

En primer lugar, al incluir una instancia legislativa, una judicial y otra ciudadana de control de constitucionalidad, podemos afirmar que nuestra propuesta de solución está en equilibrio reflexivo con *una concepción intermedia de legitimidad política*, conforme la cual debemos optar por diseños institucionales democráticamente legítimos que nos garanticen una mayor probabilidad de alcanzar una respuesta intrínseca e instrumentalmente correcta (Mendes, 2014: 172-174).

En segundo lugar, adoptamos una definición amplia del término resultados políticos, que no solo se focaliza en la calidad epistémica de las medidas, normas e instituciones adoptadas tras la deliberación política, sino que también incluye al aprendizaje moral efectuado por los participantes de dicho proceso deliberativo.

En tercer lugar, nuestro planteo normativo no desarrolla un sistema de control deliberativo de constitucionalidad exclusivamente dirigido por los poderes constituidos, sino que también incluye una

instancia ciudadana de control, la cual tiene por función evaluar los pronunciamientos efectuados en las etapas previas de la ronda deliberativa por el poder legislativo y judicial. Esta interpretación del enfoque sistémico deliberativo permite equilibrar el rol desempeñado por los políticos profesionales y científicos políticos (expertos), con el de los ciudadanos comunes (no expertos).

En cuarto lugar, al incorporar una instancia legislativa de control de constitucionalidad, nuestra defensa de un control deliberativo multisituado de constitucionalidad: a) considera que en el marco de un sistema democrático deliberativo, la instancia parlamentaria de control de constitucionalidad contribuye no solo a la legitimidad procedimental sino también a la legitimidad sustantiva de dicho proceso revisorio; b) no se asienta sobre creencias ciudadanas fundadas en una determinada moral positiva, sino en criterios normativos sustantivos, procedimentales y epistémicos, propios de una moral crítica;[44] y c) sostiene que la menor o mayor promoción de la deliberación democrática por parte de una instancia judicial de control de constitucionalidad depende de cada contexto específico y no puede afirmarse a priori.

En síntesis, en este trabajo se propone adoptar un *control deliberativo de constitucionalidad multisituado*, donde existan distintas instancias de control  cada una de ellas a cargo de una institución distinta. Dichas instancias de control parcial, interactuarían entre sí en el marco de un sistema deliberativo más general que las incluya. Dicho sistema deliberativo estaría compuesto entonces por distintos centros de imputación política, todos ellos con autoridad democrática para decidir en la fase, etapa, o aspecto que le toque intervenir, conforme el diseño institucional concreto adoptado.

## 7. Conclusión

En este artículo, nos hemos propuesto los siguientes objetivos principales: 1) reconstruir los argumentos ofrecidos por C. H. Mendes en defensa de un control judicial dialógico de constitucionalidad; 2) explicitar ciertas objeciones contra dicha

[44] Al respecto cabe advertir,  que la mayor o menor aceptabilidad general real por parte de una sociedad democrática concreta de estos criterios no obsta a su validez universal desde una perspectiva moral crítica.

postura teórica; y 3) ofrecer argumentos en defensa de un control deliberativo multisituado de constitucionalidad.

En relación al cumplimiento del *primer objetivo específico*, hemos señalado que C. H. Mendes defiende un particular diseño de control de constitucionalidad de tipo judicial dialógico con supremacía judicial.

Destacamos de la propuesta institucional ofrecida por C. H. Mendes, la pauta normativa conforme la cual el control de constitucionalidad no puede ser pensado desde la lógica de la última palabra, ni de la inexistencia de aquella última palabra, sino desde la postura intermedia de que existe una *última palabra institucional provisoria*. La democracia deliberativa es pensada por C. H. Mendes como un sistema político con funciones generales, que está integrado por distintas instancias autoritativas (provisorias e intermedias) siendo cada una de ellas desempeñada por un poder constituido, y estando la última palabra provisional en materia de constitucionalidad en manos del poder judicial.

Sin embargo en cumplimiento del *segundo objetivo específico*, hemos precisado que la defensa asumida por C. H. Mendes de un control judicial dialógico de constitucionalidad es pasible de cuatro (4) objeciones normativas.

En cuanto al *tercer objetivo específico*, y a diferencia de la postura asumida por C. H. Mendes, consideramos que en términos deliberativos ideales, no debe otorgarse al poder judicial un rol preponderante, sino implementarse un control deliberativo multisituado, que coloque la última palabra provisoria institucional en manos de un jurado ciudadano con poderes suficientes para controlar las interpretaciones efectuadas en las instancias previas de control (legislativa y judicial). Este diseño institucional multisituado elude las cuatro objeciones normativas, dirigidas a la propuesta normativa de C. H. Mendes, y presenta refractariamente cuatro atractivos propios.

# APROXIMACIONES A LA JURISPRUDENCIA PROVINCIAL RECIENTE EN CASOS DE PROCESOS CONSTITUCIONALES

*Daniela M. J. Zaikoski Biscay* [*]

## 1. Introducción

Este artículo repasa someramente algunos de los problemas que presenta la casuística del amparo constitucional en la provincia de La Pampa.

Se explora lo que los y las magistrados/as dicen sobre qué el es amparo, cuándo es la vía adecuada, cuándo procede, etc. El artículo no procura dar explicaciones dogmáticas ni doctrinarias, sino por el contrario, hacer un aporte a la vigencia sociológica del instituto, en base a una recopilación de fallos que pueden encontrarse en la página oficial del Poder Judicial de la provincia. El trabajo emprendido es simplemente un borrador de notas y sin dudas, requiere un trabajo de mayor elaboración analítica, procesal y por qué no, de discusión iusfilosófica.

## 2. Breves referencias a la normativa a nivel provincial. Estado de situación

La Constitución de La Pampa (en adelante CLP) reformada en 1994 prevé los procesos de hábeas corpus y amparo. Sobre el primero, regulado en el art. 16 CLP, no nos detenemos en razón de ser aplicable a la materia penal.

[*] Secretaria de Primera Instancia. Docente de Introducción a la Sociología y Sociologia Jurídica de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam.

Los casos que comentamos se circunscriben a lo que dispone el art. 17 de la CLP, que regula el amparo y dice lacónicamente:

> "Los jueces prestarán amparo a todo derecho reconocido por las Constituciones de la Nación o de la Provincia, y si no hubiere reglamentación o procedimiento legal arbitrarán a ese efecto trámites breves".

Por su parte, es la ley 703 del 29/12/1975, anterior a la nueva constitución la norma que regula los aspectos procedimentales (trámite, tasas, medidas cautelares, recursos, etc) remitiendo también a las normas del juicio sumario del art. 462 del Código Procesal Civil y Comercial, en adelante CPCC.

El art 18 de la CLP en parte es el equivalente al art. 41 CN y dice*:*

> "Todos los habitantes tienen derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y el deber de preservarlo. Es obligación del Estado y de toda la comunidad proteger el ambiente y los recursos naturales, promoviendo su utilización racional y el mejoramiento de la calidad de vida. Los Poderes Públicos dictarán normas que aseguren: a) la protección del suelo, la flora, la fauna y la atmósfera; b) un adecuado manejo y utilización de las aguas superficiales y subterráneas; c) una compatibilización eficaz entre actividad económica, social y urbanística y el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales; d) la producción, uso, almacenaje, aplicación, transporte y comercialización correctos de elementos peligrosos para los seres vivos, sean químicos, físicos o de otra naturaleza; e) la información y educación ambiental en todos los niveles de enseñanza. Se declara a La Pampa zona no nuclear, con el alcance que una ley especial determine en orden a preservar el ambiente. Todo daño que se provoque al ambiente generará responsabilidad conforme a las regulaciones legales vigentes o que se dicten".

El art.19 CLP protege el patrimonio cultural:

> "El acervo cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico, documental y lingüístico de la Provincia es patrimonio inalienable de todos los habitantes. El Estado provincial y la comunidad protegerán y promoverán todas las manifestaciones culturales y garantizarán la identidad y pluralidad cultural."

Desde el punto de vista de la legitimación, la propia CLP prevé en su art. 20:

> "El Ministerio Público o toda persona física o jurídica interesada podrán requerir las medidas legales tendientes a garantizar los derechos consagrados en los artículos 18° y 19".

No conocemos trámites judiciales en que los agentes del Ministerio Público hayan iniciado de oficio un proceso de este tipo. La norma que así los habilita es la ley 1352 de Régimen de Procedimiento para el amparo de los intereses difusos o derechos colectivos.

Por otra parte, el derecho de petición colectivo se garantizado conforme el art. 21:

> "Queda asegurado a todos los habitantes de la Provincia el derecho de petición individual o colectiva, así como el de reunión pacífica sin permiso previo. Sólo cuando las reuniones se realicen en lugares de uso público deberá preavisarse a la autoridad. Es nula cualquier disposición adoptada por las autoridades a requisición de fuerzas armadas o reunión sediciosa".

Un tercer proceso constitucional, es el Hábeas Data, consagrado por el art. 43 -tercer párrafo- de la Constitución Nacional (en adelante CN). Es un instituto relacionado con el concepto de la

posmodernidad jurídica y con el impacto de la informática, sobre todo con la protección de bienes preciados como la intimidad y la honra.

En cuanto a la finalidad del hábeas data y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal estableció en autos "Farrel, Desmond Agustín c/ B.C.R.A.y otros s/ Amparo" (sent. 5/9/1995) y ratificó en autos "Gaziglia Carlos Raimundo y otro c/ B.C.R.A. y otro s/ Amparo" (sent. 4/10/1995) que:

> "El habeas data tiene cinco objetivos principales: a) que una persona pueda acceder a la información que sobre ella conste en un registro de banco de datos, b) que se actualicen datos atrasados, c) que se rectifiquen datos inexactos, d) que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros; e) supresión del registro de la llamada "información sensible" (vida íntima, ideas políticas, religiosas o gremiales)"
>
> (conf. Alberto R. Dalla Vía-Marcela Izascum Basterra 'Habeas Data y Otras Garantías Constitucionales', Ed. Némesis, pág. 108)

A fines del ejercicio de las acciones constitucionales tales como el amparo, la CLP no prevé ninguna figura con facultades o competencias similares a la del Defensor del Pueblo (art. 86 CN) ni tiene un funcionario equivalente, salvo en lo que respecta a la intervención del Ministerio Público. Recientemente con la sanción de la ley 2703 puede decirse que existe un funcionario con facultades de velar por la protección y promoción de sus derechos, consagrados en la Constitución Nacional, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las Leyes Nacionales y Provinciales (art. 20 ley 2703 de La Pampa), en ese área específica.

En términos generales, creemos que las actuaciones del Ministerio Público en el caso de la ley 1352 y la del Defensor de las Niñas, Niños y Adolescentes se limitan a promover el acceso a la justicia en defensa de bienes colectivos o pluriindividuales, y en los casos puntuales de los que tenemos conocimiento de que el Ministerio Público haya sido citado, la intervención se reduce al control de la legalidad.

En el caso de que este tipo de derechos sea ejercitado por un particular afectado directamente o no en términos del art 1° de la ley 703, será él quien cargue con los gastos y costas en caso de serle adverso el resultado. Tal lo que sucedió en el caso "P. R., J. Y otros c/Estado de la Provincia de La Pampa"[1] .

Por otro lado, las posibles mediaciones institucionales que pueden hacer las asociaciones (de consumidores o usuarios o de protección del medio ambiente) que propenden a los fines que buscan obtener o resguardar con el amparo, o los funcionarios del tipo del Defensor del Pueblo u Omdbusman proveen de ciertas intervenciones que evitan que los particulares individualmente considerados queden expuestos al poder y la fuerza del aparato del Estado y a las mayores posibilidades y recursos de éste tiene como litigante habitual.

Por otra parte, si bien el art 42 CN 2° párrafo establece la protección de los derechos de los consumidores y provee a su educación no pasa lo mismo a nivel provincial. La actuación de las asociaciones de consumidores en la provincia ha sido mínima y si bien ha sido eficiente, no ha tenido demasiada visibilización ni intervención en las disputas por los derechos del consumidor o de los usuarios. El derecho del consumidor/usuario está escasamente desarrollado a nivel local como acción colectiva o de protección de intereses pluriindividuales, siendo más importante a nuestro criterio los logros en ese aspecto en casos de juicio ordinarios donde hay un actor y un demandado que reclaman y defienden intereses patrimoniales.

Los casos que llevó adelante la asociación ADECUA (sede local) se analizan más abajo.

En lo que hace a los servicios públicos, se hallan regulados en el art 42 CLP que dice:

> "Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado provincial o municipal y se propenderá a que la explotación de los mismos sea efectuada preferentemente por el Estado, municipios, entes autárquicos o autónomos, o cooperativas de usuarios, en los que podrán intervenir las

[1] Causa 17757/13 r.C.A

> entidades públicas. Se podrán otorgar concesiones a particulares y éstas se acordarán previa licitación de carácter público y con expresa reserva del derecho de reversión por la Provincia o los municipios en su caso, quienes ejercerán un contralor estricto respecto al cumplimiento de la concesión. Una ley especial determinará las formas y condiciones de la explotación de los servicios públicos por la Provincia, municipalidades, concesionarios y demás entidades autorizadas a prestarlos".

Cuestiones atinentes a la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros de la capital provincial se discutieron en autos "A. C. y otros c/ Municipalidad de Santa Rosa y otro s/ Amparo"[2] en la que se sumó el problema de la discriminación por discapacidad.

El caso fue impulsado por personas particulares damnificados y por asociaciones civiles por la supuesta ineficiencia del estado municipal en la prestación de ese servicio público, interviniendo el Ministerio Público de la Defensa Civil como patrocinante de algunos de ellos y como controlador de la legalidad citado por la ley 1352.

Este amparo muestra como se interseccionan distintos problemas complejos cuando se trata de resolver los amparos constitucionales: por un lado, la actuación de la Municipalidad de Santa Rosa como persona de derecho público que tiene por mandato constitucional la prestación de servicios (art 42CLP), por otro, los derechos de los usuarios del servicio público de transporte urbano y, en el caso particular, la situación de discriminación denunciada por personas particulares y las asociaciones civiles que trabajan la cuestión de la discapacidad.

## 3. Casos resueltos por los tribunales locales de la provincia de La Pampa

[2] Causa 18713/14 r.C.A

En los próximos apartados, comentamos distintos supuestos de amparos en los que se ha resuelto cuestiones como el plazo de interposición del proceso constitucional, la legitimación activa de los amparistas, al problema del acceso a la información pública. Si bien, el análisis no contempla toda la casuística, si se comentan los casos más relevantes.

### 3.1. Procesos constitucionales donde se discutió la legitimación procesal de los recurrentes

Si se trata del clásico ejercicio de derechos subjetivos individuales no existen mayores inconvenientes para iniciar el trámite y acreditar la legitimación activa. Casi todos los casos que analizamos tratan este supuesto. También y sin perjuicio de no haber efectuado una cuantificación de amparos interpuestos -lo que hubiera implicado un relevamiento que no ha sido posible- la gran mayoría de procesos de amparo son contra la provincia de La Pampa y contra entes públicos.

Más difícil es establecer la legitimación activa cuando se discute otro tipo de intereses o cuando quienes interponen el reclamo no son los titulares o los afectados en forma directa. En este punto comentamos amparos en los que se presentaron discusiones acerca de la legitimación activa.

De manera amplia:

> “Se ha dicho con acierto que "la legitimación procesal es una herramienta de primer orden en la apertura de las rutas procesales, que poco o nada valen las garantías y las vías idóneas si el acceso a la justicia se bloquea en perjuicio de quien pretende su uso y se le deniega la legitimación. Sin perjuicio de las distintas acciones que posea un determinado ordenamiento, la mayor o menor legitimación que conceda permitirán o no un real acceso a la justicia, alcanzar una tutela judicial efectiva. Aun cuando su definición y alcances aparecen sumamente controvertidos, se entiende que la legitimación es la facultad de estar en juicio que otorga un ordenamiento

> jurídico, según el grado de interés que invoque una persona con respecto al derecho que pretende hacer valer".
>
> (Toricelli, 2009)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) -más exactamente en los votos disidentes de los Dres. Lorenzetti y Argibay- desentrañan la legitimación de las asociaciones civiles en casos en que los intereses que aparecen como colectivos, no lo son en realidad. Conforme esos votos terminan siendo intereses de carácter individual[3]).

También la CSJN se ha pronunciado en causas Schroder y Halabi, entre otros en los que fue perfilando los contornos de la legitimación en casos de los arts 42 y 43 CN, atento el Poder Legislativo nacional ha omitido regular las leyes complementarias (conf. Toricelli).

### 3.2. Legitimación de los partidos políticos

El Superior Tribunal de Justicia de La Pampa (en adelante STJ) en las causas "Unión Cívica Radical y otros c/ Provincia de La Pampa s/Acción de inconstitucionalidad" expte 314/98 y "Partido Socialista -Distrito La Pampa- c/ Provincia de La Pampa s/ demanda contencioso administrativa" expte 880/09 se expidió por la carencia de legitimación activa de los partidos políticos.

La primera causa se trataba de una acción de inconstitucionalidad. Conforme Benini (2013), el STJ ha sido bastante restrictivo con este tipo de acciones, restando en consecuencia eficacia al acceso a la justicia de esta vía. En el primer caso se trataba de la reforma constitucional del año 1998 por la que se logró la re-reelección del gobernador y en el segundo caso se dilucidaba la

[3] Ver fallo Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro -filial Córdoba- c/ E.N. CP.E.N.C M° de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo -31 de octubre de 2006.

inconstitucionalidad del veto del Poder Ejecutivo a la ley 2394 que establecía un protocolo de atención para abortos no punibles.

En el último caso -Partido Socialista- la parte actora sostuvo que su legitimación activa se encontraba acreditada en base a los principios de su actuación como partido político en el campo de la equidad de género. El STJ, dijo:

> "Que en razón de la acción intentada por la parte actora, Partido Socialista Distrito La Pampa y de las pretensiones esgrimidas, corresponde en primer término abocarse al análisis de las condiciones necesarias para el acceso al control jurisdiccional constitucional y, dentro de ello, atento la metodología seguida en su escrito de demanda, a la calidad invocada por la parte actora el provocar la apertura de la instancia, es decir, a la "legitimación activa", la que es susceptible de ser considerada por el Superior Tribunal, tanto de oficio –por no ser cuestión disponible para las partes– cuanto por el cuestionamiento expreso que la accionada ha concretado en su contestación de demanda" … "Asimismo, en la pretensión meramente declarativa la legitimación activa se halla estrechamente vinculada al concepto de "interés" de lo que se colige que legitimación activa tiene el que afirma y prueba tener un interés "particular", "directo" y "concreto", caracterizado por una situación tal que sin la declaración judicial de certeza sufriría un daño actual. De ello se sigue que la declaración judicial perseguida resulta ser no sólo el medio necesario y útil, sino el único para evitar el daño".

Finalmente y sin desconocer las amplias facultades que tienen los partidos políticos para defender el objeto de su constitución, el STJ sostuvo, con cita de Unión Cívica...:

> "Admitir legitimación a los partidos, implicaría cohonestar un remedo de proceso constitucional, desatendiendo el deber procesal judicial, como es la integración de la litis -por aplicación del art. 90 del Código Procesal-, por el

> que debería citarse a estar a derecho a los demás partidos políticos con representación parlamentaria, so riesgo de incurrir en nulidad de procedimiento y de sentencia, por la violación a las garantías constitucionales del debido proceso, y de defensa en juicio. Como es fácil advertir, deberíamos desentrañar qué rol procesal jugaría cada uno de los intervinientes, en cuanto a legitimación activa, pasiva, terceros con intervención voluntaria u obligada o coadyuvante, etc, etc.”.... “Además de lo antedicho, y sin ánimo de entrar en la cuestión de fondo, de admitir la legitimación peticionada, se estaría relegando el deber de los jueces de prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, por cuanto se estaría habilitando jurisdiccionalmente, a un partido político, para obtener una declaración que es propia de las incumbencias del Poder Legislativo, por medio de los legisladores -individualmente o por bloques o alianzas, etc., como lo es la atribución de insistencia ante un veto adverso a la posición de los legisladores que coinciden con el actor de autos, desnaturalizando la dimensión republicana de poderes”.

## 3.3. Procesos constitucionales para obtener el acceso a la información pública

### Legitimación de diputados provinciales

En el repertorio de jurisprudencia local consultado, se encontró un fallo donde en primera instancia se denegó la legitimación procesal activa a una diputada que había solicitado al Poder Ejecutivo de la provincia que informara sobre la forma de distribución/asignación de pensiones graciables.

En ese caso, la jueza se declaró incompetente por entender que se trataba de cuestiones contencioso-administrativas ya que era un supuesto enmarcado en el art. 97 de la CLP, que regula la competencia originaria y exclusiva del STJ en casos suscitados entre los poderes del Estado.

La magistrada de primera instancia optó por la tesis más restrictiva en torno al amparo al sostener que es una vía excepcional

(conf. las distintas posturas que explica Gelli, 2008, págs 611 y sigtes). También sostuvo que en su carácter de diputada provincial, la actora tenía vías idóneas -las previstas en el Reglamento de la Cámara de Diputados para pedir información. El fallo no consideró una posible reconducción del proceso, ya que si no era válido presentarse como diputada, sin dudas era posible hacerlo como ciudadana[4].

La sentencia denegó la legitimación y la vía intentada, y declaró la incompetencia del juzgado. La Cámara de Apelaciones de Santa Rosa dijo:

> "Más allá de ello asiste razón a la apelante. Se trata de una cuestión sometida a amparo judicial que corresponde a la competencia del Juez de Primera Instancia, según disponen los arts. 2° de la ley 703, arts. 302 y 462CPCC, y no puede decirse propiamente que se trate de una cuestión de conflicto entre poderes públicos de la provincia, lo que sería atribución del Excmo Superior Tribunal de Justicia (art. 97 Constitución provincial) ya que más propiamente la cuestión se reduce a un organismo en principio competente para la información que se le pide, considera que corresponde canalizar lo que se le solicita por otra vía, cuestión que la actora interpreta lesiva de su función. En la sentencia se hizo referencia también a la incompetencia con fundamento en el carácter de diputada que ejerce la actora. Los distintos incisos del art 68 de la Constitución de la Provincia deben ser analizados e interpretados con congruencia y armonía con todo el plexo normativo, fundamentalmente con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales con idéntica jerarquía[5] (D., J. c/ Estado Provincial s/ Acción de Amparo"[6].

---

[4] Al respecto puede verse también "Conti Diana y otro c/Diario Clarin S/Amparo" fallo de la Sala G de la Cámara Nacional en lo Civil, agosto 2012.

[5] Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art 13-1 del Pacto de San José de Costa Rica.

[6] Causa 12777/04 r.C.A

Y agregó:

"Pareciera con esto suficiente para admitir la legitimación de la actora, agregando que si corresponde a los partidos políticos el acceso a la información pública (art 38 C.N.) y al periodismo (Ley Provincial 1612) y si además cabe a los ciudadanos peticionar a las autoridades, dentro de cuyo marco se incluye el derecho a la información, es claro que ese derecho puede ser ejercido con igual o mayor intensidad por los representantes[7]. Se advierte entonces que no se trata de la impugnación de un acto administrativo que pueda dar lugar a una acción contencioso administrativa. En autos no se da ninguno de los supuestos del Art. 2º de la ley 952 que aprueba el Código Procesal Contencioso Administrativo. No se trata de derechos subjetivos de alcance individual o general de carácter administrativo, ni concretamente, lo que da motivo a esta acción, de un acto administrativo, sino de la mera respuesta a una petición que no implica tal entidad pero que impide el ejercicio de un derecho sustancial amparado por la Constitución"[8].

Y remató:

"En definitiva, en el ejercicio de un derecho constitucional como es el de información que forma parte del núcleo de valores de los derechos humanos fundamentales, lo adjetivo no debe entorpecer lo sustantivo, porque el derecho que se reconoce, debe servir para asegurar la representación democrática y el funcionamiento de las instituciones republicanas. Si algún límite quiso imponer el constituyente a la obligación de informar, ello ha sido para que el derecho respectivo, sea ejercido con la prudencia del caso, no generando un aluvión de pedidos de informes, lo que crearía una burocracia innecesaria, teniéndose en cuenta que la

[7] Arts 5, 14, 38 Constitución Nacional y 1° de la Provincial.

[8] Causa 12777/04 r.C.A

> restricción en los casos de los datos públicos sólo está dada cuando se vulnera el derecho a la reputación de los demás, a la protección de la Seguridad Nacional, el orden público, o la salud o moral públicos, tal como lo entendió el propio Poder Ejecutivo Provincial al reglamentar la mencionada Ley 1612.- En tales términos, el amparo debe ser admitido, re-conociendo en la actora la facultad de solicitar la información correspondiente y en el Señor Ministro firmante de la nota de fs. 4 la carga de brindarla"[9].

Más recientemente, otro caso de diputados que requerían información a una persona de derecho pública de carácter autárquico, fue fallado favorablemente en primera instancia[10]. En este caso la magistrada hace suyos los fundamentos del reciente caso "CIPPEC" de la CSJN. Si bien la sentencia fue apelada por el demandado, luego la Cámara de Apelaciones de esta ciudad declaró abstracta la cuestión traída a la alzada por haberse cumplid el objeto de la pretensión[11].

### 3.4. Acceso a la información pública por parte de periodistas y medios de prensa. Legitimación

En una causa recientemente fallada por el Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Santa Rosa, caratulada 'La Arena S.A. c/ Provincia de La Pampa s/ amparo' (24/02/2014) se discutía la denegación del acceso de periodistas a las actuaciones judiciales que tramitaban en otro juzgado. El periodista había solicitado compulsar el expediente "PROVINCIA DE LA PAMPA c/ A. H. N. y otros s/ cobro ordinario de pesos" en el cual, al momento de la petición, no se había dado el traslado de la demanda, ya que la parte actora estaba diligenciando medidas cautelares, que se dictan y ejecutan inaudita parte.

---

[9] Idem.

[10] Causa "D.L.B.H. y otro c/ Instituto Provincial Autárquico de la Vivienda y otro s/ Amparo.

[11] Causa 18768/15 r.C.A.

La discusión del amparo se centró en cuál era la norma aplicable: la ley provincial 1612, de acceso a la información, la ley 1675 o 2574 (Leyes orgánicas del Poder Judicial) y si se estaba restringiendo o vulnerando un derecho constitucional.

El art. 8 de la ley 2574 dice:

> "Los integrantes del Poder Judicial no podrán ...inc 7): Difundir o hacer conocer trámites, dictámenes u opiniones que conozca por la índole de sus funciones o cargos. La infidencia se considerará falta grave".

Esta norma se halla en contradicción con otras de origen convencional, es decir, que la norma de la ley local no puede preponderar sobre lo que mandan los tratados internacionales suscriptos por el país algunos de ellos incorporados a la CN. Puede discutirse si antes de dar el traslado un medio de comunicación puede o no conocer los hechos del expediente y divulgarlos. Lo cierto es que se hizo lugar al amparo dando pleno acceso a la actora (diario La Arena) a los datos existentes en la causa judicial en trámite en la cual se demandaba a dos ex-funcionarios públicos provinciales.

La alzada en causa 18042/14 r.C.A. declaró abstracto el planteo formulado por la Provincia de La Pampa, quien había apelado el fallo. Tal declaración se fundó en que la orden de acceso al expediente había sido inmediatamente cumplida luego de ordenada. Allí la Cámara de Apelaciones dijo:

> "El recurso bajo tratamiento a esta altura, cabe adelantar, se ha torna do abstracto por sustracción de la materia, dado el "efecto devolutivo" con que el mismo es concedido (art. 462, inc. 6º CPCC) y atento que el objeto de demanda se agotó con lo resuelto; es decir, con la orden de pleno acceso al expte. judicial que se tramita por ante el Juzgado Civil y Comercial Nº 5 de esta Primera Circunscripción

Judicial por parte del periodista Claudio Dezeo el 28 de febrero de 2014 (conforme surge del informe obrante a fs. 100)"[12].

Sin embargo hay un pronunciamiento, podríamos decir, *obiter dictum* del fallo respecto a la procedencia del amparo cuando se trata de impugnar actos del Poder Judicial, cuestión que se analizará más abajo.

### 3.5. Legitimación activa de sindicatos

Entre la jurisprudencia local se encuentran fallos en que sindicatos interpusieron acción de amparo por considerar afectados los derechos de sus afiliados.

En el caso "UTELPA y ATE c/ Provincia de La Pampa s/ Acción de Amparo"[13] se discutía la validez de decretos del Poder Ejecutivo provincial que dejaban sin efecto decretos sobre adicionales no remunerativos para el personal docente. La provincia alegó falta de personería y falta de legitimación activa de los sindicatos.

La primera defensa se introdujo porque las asociaciones no tenían facultades para actuar en nombre de cada uno de sus afiliados individualmente considerados; la segunda defensa porque el art 43 de la CN no los habilita expresamente.

El magistrado con citas de la ley de Asociaciones sindicales, Unión Tranviarios (15/08/1996), Asociación Trabajadores del Estado (30/06/2000) y doctrina resuelve el caso a favor de los actores.

En "SOESGYPE c/ Cámara de Expendedores de Combustibles, Lubricantes y afines de La Pampa y otro s/ Acción meramente declarativa" del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial

---

[12] Causa 18402/14 r.C.A.

[13] Primera Instancia 19/12/2002.

n° 5 de Santa Rosa, Expte. n°E 74498, la actora solicitaba se declarara la certeza de la aplicación de un convenio suscripto con la demandada que se hallaba homologado por la autoridad del trabajo. Ante la excepción de falta de legitimación para el reclamo de las diferencias salariales que habrían surgido del incumplimiento se sostuvo que:

> "Respecto del primer punto, si bien existe controversia acerca de los alcances de la representación gremial -en el caso de SOESGYPE- en cuanto a la defensa de los intereses colectivos y particulares o individuales de los trabajadores, la cuestión ha sido zanjada doctrinaria y jurisprudencialmente. Así se sostuvo que "El objetivo propio de las asociaciones sindicales consiste en la defensa de los intereses de los trabajadores[14], entendiéndose que dicho interés comprende todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y trabajo. De ahí que la acción sindical debe contribuir a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador. Con este sentido se ha dado a los sindicatos con personería gremial el derecho exclusivo de defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores[15]. Por lo tanto la tutela de derechos constitucionalmente protegidos se canaliza a través de la acción sindical gozando la asociación profesional de facultades propias de actuación ante la justicia cuando se encuentran en juego derechos de dicha naturaleza[16]. Y asimismo se dijo que: "El Sindicato de Luz y Fuerza de Córdoba ostenta legitimación procesal suficiente para promover la presente demanda en representación de sus afiliados y por derecho propio, en tanto órgano de representación de los intereses sindicales de los trabajadores de una determinada organización, posee un interés directo por mantener o preservar los alcances de una situación jurídico-subjetiva consolidada al amparo de una normativa anterior, que sufre la presunta amenaza de ser

[14] Ley 23.551, art 2.

[15] Ley 23.551 art. 31, inc. A.

[16] Del voto del Dr. Fernández Madrid. Conf. Lex Doctor en autos: "Unión Tranviarios Automotor y otros c/ estado nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ Acción de Amparo" (EXP. 21.056/96) Sala: Sala VI - Fecha: 15/08/1996 - Nro. Exp.: 0000045067

alterada por las disposiciones cuestionadas en su adecuación constitucional, las que –además- serían en su caso susceptibles de irrogar un perjuicio concreto a la esfera de intereses de la accionante"[17].

En este caso el sindicato también pedía el recálculo de salarios por la aplicación del convenio que había incumplido la demandada, pero esta pretensión se rechazó habida cuenta que son pretensiones cuyos titulares son los trabajadores afectados por los descuentos o rubros impagos. Claramente excedía el objeto de una medida declarativa de certeza.

### 3.6. Casos en que se discutió la legitimación activa de una asociación de consumidores.

En la causa 'ADECUA c/ Provincia de La Pampa y otro s/ Acción meramente declarativa' del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 5 de Santa Rosa, Expte. n° E 50137[18] la asociación solicitaba que se declarasen prescriptas la deudas exigidas por la Dirección General de Rentas de la provincia, relativas a tasas y/o contribuciones y/o servicios y/o impuestos y/o todo otro gravamen que se devengara periódicamente por un lapso de cinco años, desde la fecha en que los mismos fueran exigibles, con fundamento en los plazos de prescripción del Código Civil. La asociación también peticionó que se reliquidaran los impuestos/tasas a los contribuyentes.

La provincia puso en tela de juicio la legitimación activa de ADECUA.

El fallo hizo lugar a la presentación de la organización como asociación enmarcada en el art. 42 CN último párrafo y declaró la inconstitucionalidad del artículo correspondiente del Código Fiscal, en

[17] Conf. Lex Doctor causa: "Sindicato de Luz y Fuerza C/Provincia de Córdoba s/ Acción de Inconstitucionalidad" Fecha: 00//2/18/1).

[18] Confirmado por alzada en cuanto a la legitimación en causa 13230/05 r.C.A

cuanto se trataba de acciones de incidencia colectiva, en los que los intereses de cada contribuyente eran costosos de defender de manera individual. Se trata de casos en que la actuación de una asociación con capacidad de litigar habitualmente facilita el acceso a la justicia a grandes masas de contribuyentes, consumidores o usuarios, que no podrían o no sabrían litigar individualmente. Además en este caso al ser el efecto de la sentencia *erga omnes*, hace que la organización judicial no colapse con cientos de miles de causas de similar tenor.

Creemos que en este tipo de casos, por un lado hay cuestiones prácticas (no colapsar el sistema con demandas individuales, si la interposición de un solo reclamo puede solucionar el problema a un número indefinido de posibles reclamantes) y cuestiones de derechos reconocidos constitucionalmente (acceso a la justicia, derechos económicos, de incidencia colectiva, entre otros).

Sin embargo rechazó la reliquidación por tratarse de un supuesto de derechos patrimoniales individuales de cada contribuyente, disponibles, no de orden público cuya acción debía ser considerada individualmente.

A la excepción de falta de legitimación activa de la asociación, se dijo:

> "En relación a la falta de legitimación activa por parte de ADECUA, la misma ha sido reconocida por el art. 43 C.N. art. 1 y 2 Ley 24240 y art. 1 Ley Provincial nº 1352. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha admitido que la legitimación reconocida por esa norma en el marco del amparo puede ser extendida a las acciones declarativas de inconstitucionalidad[19]. También la cuestión ya ha sido resuelta por la Exma. Cámara de Apelaciones en el expte. nº 11410/02 r.C.A. con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y doctrina en cuanto a la legitimación para obrar en cabeza de la actora"[20].

---

[19] Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUERA) c/ Buenos Aires" Fallos 320-69 (1997).

[20] Sentencia en expediente E 50137.

El art. 1 de la ley provincial 1352 (29/11/1991) regula:

> "La presente ley regulará el procedimiento de amparo de los intereses difusos o derechos colectivos relacionados con: a) la defensa del medio ambiente y el equilibrio ecológico, preservando de la depredaciones o alteraciones, el aire, las, el suelo y sus frutos, animales y vegetales, incluyendo la defensa contra la contaminación acústica, b) la conservación de los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos, c) con la defensa de los derechos e intereses del consumidor y d) con la defensa de cualquier otro bien que responda en forma análoga, a necesidades de grupos humanos a fin de salvaguardar la calidad de vida social" Art.7: Están legitimados para iniciar e impulsar las acciones previstas en la presente ley el Ministerio Público, los municipios, las entidades legalmente constituídas para la defensa de los intereses difusos o cualquier entidad o particular que acciones en nombre de un interés colectivo. El Ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte actuará obligatoriamente como Fiscal de ley".

Mientras se discutía la apelación de la sentencia de primera instancia, la Legislatura provincial modificó el Código Fiscal en el sentido del fallo, por lo que la Cámara de Apelaciones declaró abstracta la cuestión[21].

También ADECUA interpuso demanda de amparo contra la Municipalidad de la capital en autos 40017/02 en términos similares al juicio anterior. Aquí ya no se trataba de la falta de legitimación activa exactamente, sino de que la asociación no había presentado los documentación respaldatoria de su inscripción en el registro respectivo, cuestión que acreditó después del traslado de la demanda y que la jueza dio por sentado que cumplía con las condiciones procesales para estar en juicio en defensa de los intereses que denunciaba, en una clara postura amplia y favorable a la actuación de la asociación y del acceso a la justicia.

---

[21] Causa 11785/03 r.C.A

### 3.7. Casos de Hábeas Data. Competencia

No son numerosos los casos que hemos hallado dentro de la jurisprudencia local, debido a que normalmente se presenten contra organismos que informan datos financieros o bancarios y en ese caso, la jurisdicción local no es competente. Así se resolvió en un caso contra la Organización Veraz.

En autos "C., O. A. c/ Organización Veraz S.A. y otro s/ Hábeas Data" Expte. N°63479 del Juzgado Civil y Comercial n° 5 de Santa Rosa, la magistrada se declaró incompetente y dijo que:

> "Sin perjuicio de la distinta vecindad entre el actor y Organizacion Veraz S.A. Y Citibank N.A., se impone la consideración de otra particularidad: la incompetencia deviene impuesta por la propia norma en la que el actor se ampara, ya que al citar como tercero obligado al Banco Central De La Republica Argentina (ver fs 59 y 76) se hace aplicable el art 36 de la ley 25326."

En otro caso del mismo tribunal "D.S.M. s/ Sumarísimo (Medida Autosatisfactiva) Expte " 100664, la parte actora demandaba:

> "…se dicte una medida autosatisfactiva (conf.art.305 del Cód. Procesal) contra YouTube, Facebook, Whastapp y Google, solicitando de manera inmediata la eliminación, bloqueo, supresión y retiro de todo contenido y/o datos referidos a su persona en relación a dos videos que obran en dicho sitio, que afecten su intimidad personal".

Y el magistrado en aplicación del antecedente "Rondinone, Romina Inés c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otros s/ medidas precautorias" (27/02/07) de la CSJN, fundado a su vez en Asociación Vecinal de Belgrano s/ medida autosatisfactiva" 23/12/04 Fallos 327:6043 se declaró incompetente.

En causa "G.F.J.C/ Banco Central de la República Argentina s/ Hábeas Data" del Juzgado Civil y Comercial n° 1 de Santa Rosa, expediente 28717/00 se otorgó la medida de hacer cesar al banco las anotaciones que poseía del actor, sin que se cuestionase la competencia del juzgado, que incluso habilitó la feria judicial.

## 4. Casos donde se discutieron los requisitos formales de la acción de amparo

En este apartado analizamos algunos casos en los que se discutieron los requisitos de la acción.

### 4.1. Plazo para interponer la acción

En el caso 'K. D. R. c/ Provincia de La Pampa s/ Acción de Amparo'[22]: el actor solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de una ley de provincial que restringía su derecho a trabajar.

> "....el plazo para ejercer la acción de amparo ante el conocimiento del acto que conculcaba los derechos del actor. Si bien la ley 703 no prevé un plazo a tal fin como si lo hace la ley nacional nº 16986, tanto el art 1º de aquella como el art 43 del CN remiten a la actualidad y la inminencia de la lesión, amenaza, restricción que provoque el acto. Ante el transcurso de un plazo mayor a los cinco meses entre el decreto que se impugna y el inicio de la presente acción, resulta razonable preguntarse cómo debe entenderse el interés y en su caso la urgencia del actor; sin dejar de remarcar obviamente que el amparista alega dieciocho años en el trabajo, mientras que la ley entró a regir en enero del año 2003, y luego de largos años de vigencia, tacha de inconstitucionalidad esa norma, recién este año. Aún cuando el ejercicio de la acción de amparo remite

[22] Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial n° 5 de Santa Rosa, N°65273.

a un casuística muy vasta, no es posible admitir que se lo articule en cualquier momento".

En el caso 'C. M.B.c/ Consejo de Profesionales en Educación Física s/ Acción de Amparo'[23]. La actora solicitaba la baja de su matrícula como afiliada (obligatoria) y la inconstitucionalidad de la ley 1171 de Colegiación Obligatoria de los Profesores de Educación Física al COPEF. Debido a que la negativa del COPEF a dar de baja la matrícula se fundaba en dicha ley, por lo que la restricción no aparecía como arbitraria; se deniega la vía. Además se reprocha el plazo que la actora dejó pasar entre la negativa hasta la interposición de la acción de amparo. No se entra en la discusión de la inconstitucionalidad de la ley.

Una particularidad del caso en examen es que la actora dejó transcurrir un tiempo más que prudencial para ocurrir por la vía del amparo, esto es, un plazo de más de siete meses entre la respuesta que obtuvo del Consejo y la interposición del amparo (ver fs.11 y cargo de fs.22 vta). Por lo que, la inminencia de la amenaza, restricción, vulneración del derecho que supuestamente sufre la actora con la decisión del Consejo, no resulta ser tal. Más bien, esta cuestión fáctica ha demostrado, el desinterés de ella por modificar rápidamente ese estado de cosas. Según la jurisprudencia del fallo Perotti, Norberto c/ Estado Nacional- Dir. Nac. de Tránsito LL 1994 C 566 "Desde que uno de los requisitos del remedio excepcional del amparo es la urgencia de la tutela o la reparación que se pretende, debe desestimárselo cuando el recurrente dejó transcurrir cuatro meses sin activar el trámite y sin dar fundamento de ello"[24]. Este fundamento contribuye a motivar el rechazo de la acción interpuesta"[25].

---

[23] Juzgado de Primera Instancia Cvil y Comercial n° 5 de Santa Rosa, confirmado por Cámara de Apelaciones de Santa Rosa, causa 14518/07 r.C.A.

[24] Citado en Gozaíni Idem pág 424.

[25] Confirmado por Cámara de Apelaciones de Santa Rosa en causa 14518/07 r.C.A.

En CO.SE.GA c/ Municipalidad de General Acha, el actor, una cooperativa de servicios públicos, solicitó la suspensión de la Ordenanza Tarifaria municipal hasta que la misma fuera debidamente publicada (en La Pampa los municipios no siempre publican las ordenanzas). El Juzgado de 1° Instancia de General Acha denegó la acción, indicó que la vía más idónea es la prevista por la ley 951 de Procedimiento Administrativo y que la medida era adelantada pues la Ordenanza del municipio local no estaba firme (suponemos que por no estar publicada, ya que las ordenanzas son leyes en sentido material según jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa y no necesitan "quedar firmes").

Respecto del plazo de interposición de la acción, la Cámara de Apelaciones de Santa Rosa dijo:

> "A mayor abundamiento debemos expresar que no sólo existe otra vía le- gal para lograr la protección de su interés, sino que los accionantes tampoco han dado cabal cumplimiento al segundo párrafo del art. 305 del CPCC. Si bien han explicado en que consiste su derecho y urgencia, no hay aportado todos los elementos probatorios que fundamenten su pretensión. Es más, el carácter de urgente queda desvirtuado con el hecho de la presentación del amparo a los veintiocho (28) días posteriores a la interposición de la medida autosatisfactiva; como también que éste se inició varios meses después de recibida la intimación de fs. 3[26].

La cuestión del plazo de interposición de la acción de amparo es discutible y existen varias posturas: aquellas que hacen subsistir el plazo previsto por la ley 16986 aún después de la reforma constitucional, otra que se pronuncia por la inconstitucionalidad del plazo y, una tercera postura que, sostiene que siendo un presupuesto de la acción el plazo debió preverse expresamente. Lo cierto que todo depende de cómo se considere la urgencia y qué tipo de derechos se pretenda proteger con la acción de amparo. Si la afectación al derecho subsiste al momento de interponer el amparo el transcurso del tiempo

[26] Causa 17484/12 r.C.A.

no debería impedir acoger el planteo, de configurarse el resto de los presupuestos.

En el caso de la ley 703 de La Pampa, que no contiene plazo bien pudo haberse aplicado la doctrina de "Mosqueda, Sergio C. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados[27] y admitir la acción mientras subsista el daño. También advertimos que un plazo más largo previsto por la ley 2145 de CABA fue decretado inconstitucional[28], por lo que es sumamente restrictivo el criterio de la jurisprudencia local.

### 4.2. Criterio para la admisión de la vía de amparo. El amparo como remedio de excepción

En el caso "P.M.E. c/ Provincia de La Pampa s/ Acción de amparo"[29], la Cámara de Apelaciones de Santa Rosa se pronunció respecto a las condiciones en que la vía del amparo procede. Allí dijo que:

> "Cabe puntualizar que en materia de amparo, a partir de la reforma constitucional del año 1994, se ha producido un cambio que obliga a una interpretación no tan restrictiva de la procedencia de esta vía. El amparo desde la mencionada reforma, además de su constitucionalización, ha flexibilizado sus condiciones de admisibilidad"... recordando que: "El amparo procede cuando un acontecimiento determinado, en razón de su inminencia, haga de este remedio el único posible, expedito y rápido para resolver la cuestión que se cierne sobre el interesado en forma actual e inminente".

---

[27] CSJN y su dictamen 7/11/2006.

[28] GIL DOMÍNGUEZ, Andrés c/CABA s/ Acción declarativa de certeza.

[29] Causa 12199/04 r.C.A.

Sin embargo no son pocos los casos de rechazo *in límine* por la improcedencia del amparo, en tanto la vía intentada reviste carácter restrictivo.

En el caso "F. C. A c/ Provincia de La Pampa s/ Amparo"[30] (sobre juicio político) el magistrado de instancia y la Cámara de Apelaciones fueron restrictivos en cuanto se trataba de la impugnación de la suspensión de un juez mientras se dilucidaba el juicio político en su contra. En el fondo la cuestión se trataba de una impugnación a la medida cautelar (suspensión sin goce de haberes) que puede tomar la sala acusadora de juicio político conforme la ley 19 de la ley 1246 mientras se tramita el juicio político. Este artículo dice:

> "Artículo 19.- La resolución de la Sala Acusadora haciendo lugar a la denuncia determinará la suspensión automática del acusado, despojándolo de los fueros respectivos y de la percepción de haberes. Son insanablemente nulos los actos suscriptos por el funcionario sometido a Juicio Político, desde el mismo momento en que la Sala Acusadora haya notificado fehacientemente, a la autoridad pertinente y al denunciado, la admisión de la acusación".

La solución del caso "F.C.A. c/ Provincia de La Pampa s/ Amparo"[31] es distinta a la del caso 'J.G.A.. s/ pedido de inconstitucionalidad de los arts. 19 y 20 inc 3° de la Ley Provincial. 313"[32] fallado por el Superior Tribunal de Justicia años antes del caso que comentamos.

En esta última causa se trataba de determinar la inconstitucionalidad del art 19 de la ley 313 de jurado de enjuiciamiento a que fue sometido el magistrado. Allí el STJ con jueces ad hoc dijo:

---

[30] Causa 17261/12 r.C.A

[31] Causa 17261/12 r.C.A.

[32] Reg. STJ n° 234/97

"Entendemos que el artículo 19 de la Ley 3l3 llega a conclusiones irrazonables con la propia hermenéutica de la Constitución la Provincia, porque impone una suspensión en las funciones, sin que el magistrado o funcionario sea escuchado anteriormente sobre el hecho imputado, apartándose así del régimen estatuído -haciéndolo notoriamente más gravoso- que cuando se trata de otras magistraturas públicas como es el caso, aún dentro del mismo Poder Judicial, de Ministros del Superior Tribunal y de representantes del Ministerio Público que "... gozarán de las mismas inmunidades que los diputados ..." (artículo 93 de la Constitución Provincial) o de aquellos con fueros propios como por ejemplo los legisladores (artículo 63 de la Constitución Provincial) para quienes la Cámara de Diputados "... podrá levantar los fueros o suspender en sus funciones al acusado, lo que implica un juicio de mérito sobre la necesidad y conveniencia de la suspensión, es decir, sobre la razonabilidad de la medida a adoptarse.- No resulta razonable interpretar que la Constitución de la Provincia de La Pampa, al guardar silencio en cuanto se trata de magistrados y funcionarios judiciales, haya delegado en la ley la fijación de condiciones mas gravosas que la que ella misma contempla, para los Ministros del Superior Tribunal de Justicia, representantes del Ministerio Público y para los legisladores, quienes en definitiva con un representante del Superior Tribunal de Justicia integran el Jurado de Enjuiciamiento.- Una paridad en el mantenimiento del equilibrio de los Poderes que la misma Constitución regula, indica que los jueces al menos deben estar sometidos para su juzgamiento en igualdad de condiciones que los miembros de otros poderes -legisladores- y con más razón con los del mismo poder -Ministros del Superior Tribunal de Justicia y representantes del Ministerio Público.- Entendemos que la ley no puede imponer, sin un juicio de mérito previo, la suspensión automática del magistrado judicial, con la sola sustanciación de un sumario penal, pues se estaría afectando el principio consagrado en la Constitución Nacional y Provincial de igualdad ante la ley, violándose asimismo el Principio de Inocencia y el Derecho de Defensa en Juicio".

En cambio, y ante similar norma, en el caso "F.C.A c/ Provincia de La Pampa s/ Amparo"[33], la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial de Santa Rosa dijo:

> "El amparo se ha perfilado antes y después de la reforma constitucional de 1994, como un remedio de excepción[34]. Esa circunstancia, tal como lo expone María Mercedes Serra, amerita que los requisitos de admisibilidad de la demanda sean más estrictos que en otros procesos…El juez cuenta con mayores facultades que en el proceso civil en general para verificar el cumplimiento de tales recaudos y para disponer el rechazo liminar[35]. La asimilación de conceptos tales como 'demanda' o 'acción' no inciden en el tratamiento abordado por el magistrado, pues son habitualmente identificados por la judicatura (la propia doctrina anuncia que procederá de igual forma) si por ello desconocer las diferencias que formulara el Dr. Jorge Peyrano sobre el tema … El propio texto constitucional, el impone el juez de la causa un control previo sobre la idoneidad de la vía, generando un presupuesto de admisibilidad insoslayable, que por sí solo -en el caso de no concurrir- amerita el rechazo del amparo. En tal sentido en la resolución atacada, se le enrostra al apelante el haber consentido las medidas que hoy pretende enervar, sin haber articulado los remedios procesales que tenía a su alcance…La inactividad del amparista, quien ni siquiera intentó alzarse contra el pronunciamiento aquí impugnado mediante los remedios procedimentales simples, tal como lo reconoce prestigiosa doctrina[36] impide la aplicación de este remedio jurisdiccional".

---

[33] Causa 17261/12 r.C.A

[34] CSJN autos Ballesteros José.

[35] El Amparo Constitucional, Perspectivas y Modalidades, pag 102.

[36] BIDART CAMPOS, LAZZARINI. El juicio de amparo, pág 130, Fiorini, ídem LL 93-955.

## 4.3. La exigencia del agotamiento de la vía administrativa

Respecto del agotamiento de la vía administrativa, la jurisprudencia local oscila entre exigir este presupuesto sin el cual el amparo se deniega o bien, proveer la demanda y acreditar con la prueba que se produzca que el agotamiento de la vía es un ritualismo innecesario.

En las causas 'V.H.G. c/ Provincia de La Pampa s/ Acción de amparo'[37], 'C. R. L. c/ Provincia de La Pampa s/ Acción de amparo' [38]. y en T. M. A. c/ Provincia de La Pampa s/ Amparo'[39], se denegó la vía del amparo para la defensa de derechos laborales contra restricciones de la cartera de Educación de la provincia por no resultar manifiestas ni arbitrarias las lesiones y restricciones denunciadas, restando asimismo la oportunidad del Estado de expedirse en el trámite administrativo.

En la causa de la diputada 'D., J. c/ Estado Provincial s/ Acción de Amparo'[40] antes analizada, la funcionaria de 1° instancia argumentó por la necesidad del agotamiento de la vía, mientras que la alzada se manifestó en contra de exigir ese requisito en el caso.

En realidad, ante la oscilación de la jurisprudencia, no es posible prever cuándo es necesario agotar la vía. Creemos que hay que tener presente al momento de resolver, la cuestión relativa a si la vía administrativa se constituye en una valla al acceso al derecho reclamado y entonces constituye una vía ritual e inútil, o si por el contrario vale la pena dar oportunidad a la Administración de expedirse.

Otro caso que hallamos es el de "B.L.J. c/ /Municipalidad de Santa Rosa s/ Acción de Amparo" Expte. N° 38888 el actor promovió acción de amparo contra el municipio local, a fin de que cese esta última en los actos y omisiones, como es la clausura preventiva del Bar anexo Café Concert "Café de Sonia", asimismo, como medida cautelar

---

[37] Causa 15266/09 r.C.A.

[38] Causa 15001/08 r.C.A.

[39] Causa 15439/09 r.C.A.

[40] Causa 12777/04 r.C.A.

solicitaba se concediera una habilitación transitoria del referido comercio.

El Juez de Primera Instancia entendió que el actor contaba con el recurso previsto por el art.74 del Código de Faltas Municipal por ante el Juez de Instrucción y en lo Correccional para rever la resolución adoptada; y además contaba con la vía contencioso administrativa para cuestionar los actos administrativos[41] rechazó in limine la acción de amparo y dijo:

> "...siendo el amparo una vía excepcional, no resulta procedente la acción aquí intentada en tanto existe otra vía judicial idónea y específica para reclamar por los derechos y garantías que se entienden conculcados con la medida de clausura decretada por la Municipalidad de Santa Rosa; en la que incluso pueden solicitarse las medidas cautelares que se entiendan corresponder"[42].

En cuanto a los requisitos y más el de agotar la vía administrativa, el tema es muy importante y de enorme practicidad, ya que la mayoría de las acciones intentadas procede o es rechazada conforme a argumentos o fundamentaciones de ésta índole. En tal sentido, Sagúes[43] expresa que:

> "La particularidad de cada acción de amparo conduce a un obligado casuismo, donde debe imperar un análisis judicial cauteloso, como indicó el criterio del legislador, y como ya había señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema: los jueces deberán extremar la ponderación y la prudencia, a fin de no decidir por el sumarísimo procedimiento del amparo, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios".

---

[41] Ley 952 C.P.C.A art.2º inc. A.

[42] Ley 952 arts.62, 63 y 71.

[43] Acción de Amparo, págs.177 y ss.

Morello y Vallefín al tratar el tema "Las vías previas y paralelas al amparo" dicen:

> "El art. 43 de la Constitución Nacional establece ahora como recaudo para la admisibilidad de esta acción "..-. que no exista otro medio judicial más idóneo...", tornando así inconstitucional la exigencia de transitar previamente las vías administrativas, y así lo ha considerado tempranamente la jurisprudencia que ha juzgado que la existencia de aquellos medios "no puede ser hoy obstáculo para la admisibilidad de la pretensión"[44].

En 'P.E. y otros c/ Instituto de Seguridad Social -SEMPRE s/Amparo'[45] donde se discutía la vía procesal intentada en lo relativo al acceso y garantía de prestaciones relacionadas con el derecho a la salud, la Cámara de Apelaciones de Santa Rosa dijo al respecto:

> "Primer Agravio: La vía procesal del amparo. Reitera la quejosa su opinión adversa a que el amparo resulte ser la vía idónea para el reclamo impetrado. Insiste -machaconamente- en señalar que debió agotarse la vía administrativa, adhiriendo de tal forma a un concepto superado por las nuevas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que interpretando el texto constitucional (art. 43 de la CN) admiten su procedencia cuando el orden jurídico no prevé un remedio "eficiente y pronto" para proveer la tutela judicial efectiva. En suma, como lo afirma María Angélica Gelli, "...a partir de la norma constitucional iluminada por los antecedentes registrados en los debates, puede concluirse en que a) la admisibilidad del amparo no exige la inexistencia ni el agotamiento de las vías

---

[44] Véase in re "Gladis Velazquez y otra", fallado por la Cámara Federal de Paraná el 16-11-1994, en JA, 1994-IV-671 y allí el comentario de Augusto M. Morello, La Primera sentencia de alzada sobre el amparo a la luz de la Constitución reformada". En "El Amparo Régimen Procesal Cuarta Edición, Librería Editora Platense, pág. 29

[45] Causa 18755/15r.C.A.

administrativas; b) la existencia de medios judiciales descarta, en principio la acción de amparo; c) el principio cedería cuando la existencia y empleo de los remedios judiciales impliquen demoras o ineficacias que neutralicen la garantía.[46]". Es el juez quien debe evaluar la idoneidad de la vía elegida en el caso concreto[47] y a tal fin debe atender -entre otros- al bien que se pretende tutelar con la acción entablada. En el caso, el derecho a la salud"[48].

También la Cámara de Apelaciones trató la vía del amparo en causa "G., A. I c/ Instituto de Seguridad Social -La Pampa- s/ Amparo"[49] al confirma la resolución del Juzgado en lo Civil y Comercial n° 1 de Santa Rosa, en el cual la magistrada tuvo por acreditado que se trataba de un caso de acceso a condiciones de trabajo que garantizaran o que tuvieran en cuenta la salud de la parte actora, que ésta había peticionado en innumerables ocasiones un cambio de modalidad laboral, que se había sometido a varias juntas médicas, era insostenible que la parte demandada insistiera con el previo agotamiento de la vía administrativa. En este caso claramente la vía administrativa habia sido un ritualismo inútil y había demorado la obtención de las prestaciones requeridas por la catora.

## 5. Improcedencia del amparo ante resoluciones del Poder Judicial

En causa 'B., R. M. y otros c/ B., M. I. s/ Amparo[50], se trataba de la interposición de una acción de amparo para de impedir un desalojo de una fábrica ordenado por una magistrada de C.A.B.A. La

---

[46] Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Anotada", pág. 612.

[47] Corte Suprema en "Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía".

[48] Causa 18775/15 r.C.A

[49] Causa 17764/13 r.C.A

[50] Causa 17277/12 r.C.A

magistrada de primera instancia rechazó el amparo y lo que fue confirmado por la Cámara de Apelaciones, que sostuvo:

> "El recurso -se adelanta- no ha de ser recepcionado; pues, sin ingresar a evaluar si en el caso estaba o no acreditado el "hecho notorio" del lanzamiento alegado, es evidente que éste elemento -la falta de prueba- no fue el dirimente para el rechazo in limine de la acción intentada, sino que la acción de amparo no es el remedio apto para enervar una decisión judicial. Ello es así no sólo porque existen precedentes judiciales que así lo sostienen, sino también -y primordialmente- porque esta acción nació pretoriamente con los recaudos que en forma concreta y perfectamente inteligibles consagra el actual art. 43 de la C.N.; ello, claro está, "siempre que no exista otro medio judicial más idóneo"; con lo que consagra el carácter excepcional de la misma. Por lo demás, toda decisión judicial adoptada en el marco de una medida cautelar en cierta manera consagra una restricción de derechos constitucionales -vgr. propiedad, disponibilidad de bienes etc.- y no por ello es viable una acción de amparo por resultar la vía más rápida; sino que se requiere como condición sine qua non la reunión de otros elementos que tipifican su procedencia; esto es -en lo que aquí interesa-, que provenga de actos de autoridad pública que en forma "actual" o "inminente" "lesione, restrinja, altere o amenace con "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías constitucionales". Actualidad o inminencia" que, del propio relato transcripto ut supra, ha desaparecido, toda vez que el lanzamiento -conforme se manifiesta- ya se produjo, lo que de por sí nos demuestra que la vía recursiva intentada ante esta instancia se ha tornado abstracta. Cabe señalar, además, que los argumentos esbozados tendientes a demostrar que ello no ha acaecido en el caso de autos no resultan suficientes para enervar una decisión judicial, proveniente de otro juez de extraña jurisdicción que despachó la orden en base a elementos que no permiten avisorar que respondiera a un análisis manifiestamente arbitrario o ilegal (tal la exigencia constitucional). Y si a la falta -o no- de tales recaudos se suma que se trata de una resolución judicial, se cierra el círculo de improponibilidad objetiva de la demanda.

> Tal línea argumental no significa que nos atengamos a un análisis ritualista, con apego a la literalidad de lo preceptuado por el art. 2 de la Ley N° 16.989 ni que desconozcamos la vía alternativa -expedita y rápida- del amparo, sino que, precisamente, atendiendo los recaudos constitucionales exigidos, merita- mos que en el caso los actores no han probado la procedencia estricta de la acción intentada, limitándose a señalar su derecho a trabajar. Es más, aún en el supuesto, que nos enroláramos en la posición amplia -tesis permisiva-, consideramos -siguiendo a Néstor Sagües- que "(...) De ejercitarse la acción, el sentido común indica que debe ser competente el tribunal de grado del magistrado cuyo pronunciamiento se cuestiona, pues hay razones de seguridad jurídica y de respeto a la justicia, que así lo exigen. Lo contrario importaría introducir una anarquía tribunalicia quizá más lamentable que el daño que el amparo procura reparar (...)"[51] [52].

Otro caso en los que ante una resolución del Poder Judicial se ha intentado el amparo sin éxito es “H.H.A. s/ Acción de Amparo"[53]. Sin embargo, se ha visto que al menos en primera instancia un periódico local obtuvo sentencia favorable en un amparo por el que pretendía el acceso a información contenida en un expediente judicial, la que le había sido denegada por el juzgado interviniente[54].

## 6. Amparo y plazo de las medidas cautelares

Uno de las condiciones en las que es posible intentar el amparo es la actualidad o inminencia de la lesión, restricción etc, a un derecho. En tales casos, consideramos atinado que la medida cautelar que se

---

[51] "Derecho Procesal Constitucional, 3, Acción de Amparo", 5ª ed. actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, Ed. Astrea, Bs. As. 2009, p. 221.

[52] Causa 17277/12 r.C.A

[53] Causa 8065/07 r.C.A.

[54] Causa 18402/14 r.C.A.

dicta, y que puede anticipar la sentencia, tenga un plazo razonable de duración, durante el cual, y a fines de que especular con los plazos y la urgencia no quede al arbitrio del demandante, los tribunales han fijado una fecha dentro de la cual se deben inexorablemente producir los actos que conduzcan a la sentencia prevista por el art. 462 CPCC.

En 'W., M. s/Recurso de Apelación en Relación y con Efecto Devolutivo' en primera instancia se dijo:

> "En el entendimiento que a).-el plazo establecido para la medida cautelar (15 dias de suspensión del sumario sustanciado por ante el Colegio de Escribanos fijado por la suscripta a fs. 54 5º párr) resulta adecuado, b).-no es razonable que el término para dicha medida supere como pretende el recurrente, el plazo total del trámite dispuesto a fs. 54 2º párrafo, cuestión ésta última que ha quedado consentida, c).- ni que corresponda que sea equiparado al tiempo total que requiera la sustanciación del amparo, puesto que de lo contrario la medida agotaría la cuestión de fondo debatida en autos y d).- teniendo en cuenta que desde el 4 de diciembre de 2008 (conf. fs. 12/13) el recurrente ha tenido oportunidad suficiente de ejercer el derecho a producir prueba ofrecida en sede administrativa cuyo conculcación alega; por todo lo cual al recurso de reposición interpuesto NO HA LUGAR por no conmover a la suscripta los argumentos sostenidos en el escrito que se provee".

Apelada la resolución que otorga la medida cautelar accesoria al amparo por un plazo que no convenía al actor, la Cámara de Apelaciones confirmó la medida resuelta en primera instancia y sostuvo que:

> "Por otra parte, tampoco resulta admisible la pretensión del accionante de que el trámite del sumario administrativo sea suspendido por tiempo indeterminado, durante todo el lapso que requiera la sustanciación del presente proceso de amparo. Ello implicaría en los hechos que, por vía cautelar, el recurrente lograra de manera anticipada la satisfacción inmediata de la pretensión de fondo que motiva el juicio de amparo, cuando

> todavía ni siquiera ha sido oída la contraria. Al respecto ha dicho esta Cámara con anterioridad con otra integración pero con criterio que se comparte que: "No procede hacer lugar a una medida cautelar, cuando de accederse a lo solicitado se agotaría la petición del amparo, ya que precisamente, se estaría adelantando en el tiempo y sin decisión en el fondo a través de una medida cautelar, lo que se persigue en el pleito" (Causa N° 8667/98 r.C.A.). No resulta entonces procedente que a través de una prohibición de innovar medida procesal accesoria que carece de finalidad en sí misma se interfiera por tiempo indeterminado el trámite de un sumario administrativo ya iniciado desde hace cinco meses a la fecha"[55].

La Cámara de Apelaciones de Santa Rosa refirmó esta idea en causa 'P., C. L. s/Recurso de Apelación en Relación y con Efecto Devolutivo'[56] [57] confirmando un plazo de tres meses para obtener sentencia de primera instancia.

Creemos que otorgar un plazo prudencial dentro del cual el trámite de amparo puede avanzar hasta llegar a sentencia, plazos que además son compatibles con los previstos por el procedimiento sumarísimo que rige el amparo conforme la ley 703, es un razonable facultad del juez, que permite el acceso a la jurisdicción e impide o evita que se abuse del proceso.

## 7. Amparo en temas medioambientales

Un grupo de vecinos acuerdan interponer un amparo contra una resolución del Poder Ejecutivo provincial por la que iba a construir un centro de conferencias en una plaza cercana al barrio donde viven en autos "P. R., J. y otros c/ Estado Provincia de La

---

[55] Causa 15380/09 r.C.A.

[56] E/A: P. C. L. c/ Provincia de La Pampa s/Acción de Amparo.

[57] Causa 17060/11 r.C.A.

Pampa s/ Acción de amparo"[58]. Debido a que los actores llegaron a un acuerdo con la demandada en la audiencia prevista por el art. 462 CPCC, en tanto la provincia se comprometió a no hacer la construcción en esa parte del predio sino en otra de las esquinas del terreno, la jueza declara la cuestión como de puro derecho. Si bien la magistrada no entra a considerar el fondo de la cuestión medioambiental o de patrimonio ambiental defendido por los accionantes, consideramos que el problema de este amparo ha sido la imposición de costas. Atento que se llegó a una conciliación, las costas se impusieron por su orden.

Creemos que deben establecerse mecanismos legales seguros a fines de que la acción colectiva de estos vecinos que bregan por un interés común y que en el caso consistió en proteger el espacio verde -uno de los pocos que hay en la ciudad capital- no los afecte patrimonialmente salvo manifiesta malicia o temeridad. De allí que sea necesario recurrir a la figura del Defensor del Pueblo o en el caso de La Pampa a una actuación más activa y comprometida del Ministerio Público por aplicación de la ley 1352.

Sin dudas la solución obtenida mediante la participación de la sociedad civil en este tipo de causas suele ser muy satisfactoria y a veces es también un puntapié de políticas públicas a implementar por el Estado, pero de allí a que deban pagar las costas por una actuación en interés no solo particular sino colectivo, debiera contemplar otro modo de asignación de los costos. De lo contrario, la lógica de las medidas se torna estéril y el mensaje sobre no comprometerse es muy claro y podría desincentivar este tipo de intervenciones de la sociedad civil.

## 8. Palabras finales

Hemos efectuado un recorrido superficial, exploratorio y que no es exhaustivo, por distintas aristas que presenta el tema del amparo constitucional utilizando los insumos que prové la jurisprudencia local a tenor de los casos seleccionados. De allí podemos colegir que:

---

[58] Causa 17757/2013 r.CA.

**a)** Una primera aproximación, muestra que tanto los magistrados/as de primera instancia de la capital como la Cámara de Apelaciones son restrictivos al momento de ponderar los requisitos de la vía, salvo últimamente en casos donde se encuentra vulnerado o inminentemente afectado el derecho a la salud.

**b)** Una modificación saludable, a nuestro criterio es la relativa a la paulatina ampliación de la legitimación activa, hasta alcanzar a sindicatos, diputados, periodistas y vecinos según sea el interés o derecho alegado.

**c)** A nuestro modo de ver, es correcta la postura de señalar plazos para las medidas cautelares dentro de los cuales la judicatura se compromete a fallar procurando que la parte amparista no abuse de los plazos del proceso alargando u ordinarizando el amparo.

**d)** Respecto del agotamiento de la vía administrativa, entre la jurisprudencia comentada no hallamos fallos donde expresamente se evalúe si la vía administrativa es o no un ritualismo inútil (de todos modos no hay estudios en la provincia que den cuenta cuándo la provincia admite que el/ la administrado/a, que es un/a ciudadano/a tiene razón).

**e)** No puede considerarse como jurisprudencia conteste lo resuelto en 'La Arena c/ Provincia de La Pampa s/ amparo' sobre derecho al acceso a la información pública.

**f)** No fue posible un pronunciamiento respecto de los intereses colectivos en temas de medioambiente, por lo que no se tiene disponible jurisprudencia al respecto.

**g)** Hemos podido hallar varias causas en las que el Estado al verse interpelado mediante el amparo cambia la legislación o sus decisiones y la cuestión se vuelve abstracta o pierde interés, lo que amerita pensar que el acceso a la justicia en este tipo de casos tiene un impacto no solo jurídico sino también político.

**h)** Es muy débil la participación de la sociedad civil y el recurso al litigio estratégico cuando se violan derechos humanos fundamentales. Un primer ensayo de participación puede ser el que hemos comentado relativo al transporte público de pasajeros en Santa Rosa.

**i)** No existe a nivel provincial una ley o a nivel del Superior Tribunal de Justicia una acordada que obligue a la registración de los amparos individuales o colectivos, lo que facilitaría su búsqueda, sistematización y estudio de distintas variables con rigurosidad científica, a fines de establecer la evolución en el uso del instituto y los avances en el reconocimiento constitucional de derechos con alguna posibilidad de preveer cómo se expedirán los jueces ante el caso, ya que como decían los realistas norteamericanos el derecho es lo que los jueces dicen que es.

**j)** Es por ello que, reiteramos que se requiere un trabajo de mayor elaboración teórica, que cuente con una más amplia recopilación de casos y que permita un análisis profundizado. Un tema que lo merece es la ingente cantidad de impugnaciones a la constitucionalidad de la NJF 1034 Orgánica de la Policía Provincial, en la que no hay jurisprudencia conteste, cuestión que impacta en los estándares mínimos de seguridad jurídica.

Finalmente cabe decir que, a medida de que se acrecienta la cultura legal de la población, es posible que también se acrecienten los casos de amparos a la salud, a un ambiente sano y saludable, a la vivienda, aquellos fundados en el derecho antidiscriminatorio, etc; y también es probable que los procesos de amparo se complejicen cada vez más, de manera de involucrar a más actores tanto públicos como privados.

# DERECHOS HUMANOS Y PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL. LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL MERCOSUR

*Victoria Santesteban* [*]

*"Yo deseo más que otro alguno ver formar en América la más grande nación del mundo, menos por su extensión y riquezas que por su libertad y gloria (...) Es una idea grandiosa pretender formar de todo el mundo nuevo una sola nación con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo. Ya que tiene un origen, una lengua, unas costumbres y una religión debería, por consiguiente, tener un sólo gobierno que confederase los diferentes Estados que hayan de formarse (...)"*

Simón Bolívar

## 1. Introducción

En sus inicios, los procesos de integración regional no tuvieron en miras la temática relativa a la protección de los derechos de los ciudadanos afectados al fenómeno. Bien podría afirmarse en función a las experiencias mundiales que todo proceso de integración nace con fines exclusivamente económicos: la unión de Estados busca un fin útil, concreto, provechoso, cual es el crecimiento de las economías locales y el fortalecimiento y posicionamiento económico de la región.

El aforismo harto vapuleado de la *unión hace la fuerza* motiva la lógica integracionista. El proverbio de antaño se traduce en el mundo actual en lo supranacional, lo intergubernamental, en regionalismos, en integración. Todos ellos términos que han logrado afianzarse y concretarse por estos tiempos, pero que se leen en el

[*] Abogada (UBA). Escribiente en Oficina de la Mujer y de Violencia Doméstica, Superior Tribunal de Justicia de La Pampa. Mail: victoriasantesteban@gmail.com

pensamiento bolivariano en América, y en las ideas europeístas. Desde aquel entonces la noción de unión de Estados para el fortalecimiento de regiones aparece como idea fuerza. Este germinal ideario integracionista abarcó campos que trascendían lo económico, si bien la experiencia dará cuenta que la concreción de tales ideales se gesta a partir de fines claramente economicistas-.

La integración regional es tan antigua como los esfuerzos realizados para conseguir la pacífica unificación de las entidades soberanas; esfuerzos que en el pasado han sido descritos como federación, ligas, alianzas[1]. No sería, entonces, novedoso hablar de integración; pero es del caso advertir que los fenómenos integracionistas encuentran cabida real hacia mediados del siglo XX.

La razón de ser de este afianzamiento de relaciones, de la interacción entre Estados ya institucionalizada radica en un quid económico, eminentemente, primigeniamente. La ausencia de regulación –si quiera de mención explícita- de otros fines en los tratados fundacionales de bloques como la Unión Europea o el Mercosur refleja que el factor económico aparece como único e inicial fundamento de la integración.

Ahora bien, la realidad de los hechos describe que estos procesos de integración no se han limitado a esa faceta: su finalidad inicial se ha expandido, hasta abarcar de manera amplia la *cuestión social.*

La preocupación de los Estados en la protección de los derechos humanos en el marco de estos procesos grafica el alejamiento del rótulo exclusivamente economicista que los caracterizó. Que el fenómeno de la integración regional comprenda otros ámbitos ha conducido a que ciertos autores, como es el caso del argentino Pizzolo, vean en estos bloques verdaderos Estados. Ya no sirve atenerse a las figuras conceptuales del siglo XVIII que tenían la vista fija en el Estado, sino que se hace necesario recurrir a nuevas matrices superpuestas y complementarias de la soberanía nacional[2].

---

[1] HAAS. *Integración Internacional, Integración regional*, Madrid, Editorial Aguilar, Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, 1975.

2 VITA, L. *La dimensión social del Mercosur a 20 años de su creación: ¿es necesaria una Carta de Derechos Fundamentales?* En *Balances y perspectivas a 20 años de la constitución del MERCOSUR.* Buenos Aires, EUDEBA, 2013.

*Más que hablar de pérdida de soberanía por parte de los Estados, lo que se puede entender es que éstos se están redefiniendo, están reconstruyéndose como Estados extendidos en respuesta a la dinámica actual de las relaciones sociales: unas relaciones sociales en el marco de la globalización*[3].

Cerca de esta idea, adviértase que todo proceso de integración supone una redefinición del concepto de soberanía estatal: su absolutismo queda mermado ante la unión con pares. *El avance en las relaciones internacionales, altera factores que operan sobre la noción absoluta de soberanía determinando su "flexibilización". (...) Así, el dogma de la soberanía absoluta expresado por la teoría clásica, resulta a todas luces incompatible con el desarrollo de una ingeniería de la integración*[4]. En igual línea, se entiende que la integración regional *ha traído aparejado un debilitamiento de la noción tradicional de soberanía, pues la integración desde la óptica del derecho importa forzosamente la delegación de potestades nacionales a favor de ámbitos supraestatales*[5].

Las competencias se delegan, se transfieren o bien se comparten, según sea el caso o el autor, no ya sólo en materia económica, sino que la regulación supera ese límite inicial.

Una de las claves para pensar el vínculo entre derechos humanos e integración, explica Vita, consiste en dar cuenta del cambio de matriz desde el cual se piensan los derechos humanos y su efectivización: trascienden el plano de la soberanía estatal[6].

Los derechos humanos no son ajenos al fenómeno integracionista, y de este modo, han sido objeto de atención, regulación y protección en el contexto de la integración regional. Ejemplo gráfico y acabado de ello resulta el caso europeo que, hacia

---

3 CARDONA MONTOYA, G. *El Estado en el marco de los procesos de integración regional ¿Renuncia o ejercicio extendido de la soberanía?,* Rosario, Cuadernos de Política Exterior Argentina – Centro de Estudios de Relaciones Internacionales N° 109, 2012, p. 14.

4 PIZZOLO, C. *Pensar el Mercosur.* Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998.

5 SABSAY, D, A. *Integración y Supranacionalidad sin considerar los desarrollos europeos recientes. Bases Constitucionales y límites. La experiencia del Mercosur.* Presentación del Dr. Daniel A. Sabsay en el Simposio "Process of European and Global Constiutionalization", llevado a cabo en Berlín el 15 de mayo de 1999, en ocasión del 50° Aniversario de la Constitución alemana.

6 VITA, L. Ob. cit.

2009, incorporó al plexo normativo del derecho comunitario una carta de derechos fundamentales.

El lugar de los derechos humanos en el caso de Mercosur ha cobrado tal protagonismo que actualmente se plantea la necesidad de contar con una regulación autónoma en punto a la protección de los derechos humanos, como ha sucedido en el caso de la UE.

¿Qué hace que procesos inicialmente económicos se ocupen posteriormente de áreas como la protección de los derechos humanos? ¿Cómo han irrumpido los derechos humanos en estos procesos de integración regional? Y en nuestro caso, ¿cómo aparecen los derechos en el esquema intergubernamental mercosureño? ¿Cuán viable sería la redacción de una Carta Autónoma de Derechos Humanos del Mercosur?

El presente estudio tendrá por objeto citar someramente experiencias en el marco de la Unión Europea (en adelante UE) y en Mercosur que han introducido la temática de la protección de los derechos humanos, para luego analizar pormenorizadamente el caso mercosureño a fin de ensayar respuestas a los interrogantes planteados.

## 2. Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea[7]

Como se adelantara, los tratados fundacionales de la UE y del Mercosur omitieron la mención de la protección de los derechos humanos en los bloques de integración regional a los que dieron origen. Como mera aproximación, o insinuación si se quiere a la materia, podría entenderse con ciertos autores, que la exigencia de la vigencia de la democracia (la cláusula democrática) hacia el interior de los Estados aspirantes a la integración engendra un acercamiento a la materia relativa a la protección de derechos. En el caso del Mercosur, tal exigencia no aparece institucionalizada sino hasta el Protocolo de Ushuaia (1999), donde formalmente los Estados del bloque establecen la exigencia del régimen democrático hacia el interior de los Estados miembros como condición indispensable para su membrecía.

[7] A los fines del presente estudio, las voces “derechos fundamentales” y “derechos humanos” serán utilizados como sinónimos.

Previo a estudiar el caso mercosureño, es menester hacer mención de la experiencia europea, toda vez que resulta ser el más acabado ejemplo de protección de los derechos humanos en el marco de un proceso de integración.

El caso europeo da cuenta del perfeccionamiento en materia de protección de los derechos fundamentales (en léxico europeo) de los integrantes de la comunidad europea, hasta alcanzar su materialización última a través de la codificación de éstos en una carta autónoma de derechos.

En el marco de la UE, los tratados constitutivos no refirieron a los derechos fundamentales, o a su protección como finalidad primigenia de la Unión[8]. Si quiera se hace mención de éstos ni se proporciona una base jurídica que atribuyera a la entonces Comunidad una competencia explícita en materia de derechos humanos[9]. Si bien existen diversas teorías abocadas a la explicación y/o interpretación de tal silencio, cierto es que la UE no contó en sus inicios con una legislación tuitiva de derechos fundamentales. Debe advertirse, sin

---

[8] Este silencio de los Tratados se ha explicado desde diferentes perspectivas, explica Del Llano (2005) en su obra "Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea": *Por un lado se encuentran las teorías que ponen el acento en el contexto histórico del estadio en el que se encontraba la integración comunitaria en los años cincuenta, y por otro lado se sitúan las hipótesis explicativas del silencio de los Tratados por razones de carácter jurídico-político; aunque cabe una combinación de ambas teorías. Dentro de estas últimas, Hjalte Rasmussen en "On Law and Policy in the european Court of Justice", define la tesis del "silencio deliberado" o "solución nacional", que consiste en afirmar que los autores de los tratados claro que sí fueron conscientes de la relevancia de la materia de los derechos fundamentales, pero se encontraban profundamente divididos en lo que a la forma de su regulación se refería. Fue esto, según el autor, lo que provocó que dejara la protección y garantía de los derechos fundamentales en manos de las Constituciones Nacionales.* Cierta doctrina entiende, por su parte, que el respeto de los derechos se encontraría implícito en los preámbulos de los tratados constitutivos originarios de la Unión Europea. Otros lineamientos doctrinarios advierten que el único fin perseguido era afianzar el espacio económico común, lo cual explica la ausencia total de tratamiento en su estadío inicial. Pescatore, por su parte, opina que la ausencia en lo que concierne a los derechos fundamentales no es más que una apariencia, pues «en la realidad de las cosas, la constitución comunitaria contiene, al menos en germen, un sistema completo que puede servir de garantía a los derechos fundamentales. El Derecho Comunitario dispone de un sistema completo de protección de los derechos fundamentales que va más allá de la protección propia de las Constituciones nacionales.

[9] PIZZOLO, C. *Derecho e Integración Regional,* Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 624 y ss.

embargo, que *el respeto a tales derechos existió como elemento básico para la adhesión de otros Estados*[10].

Primeramente, la unión en Europa respondió a fines a todas luces económicos, como bien lo adelantó sus primeras denominaciones: Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA) y Comunidad Económica Europea (CEE). *La ambición primera de los Tratados era, pues, regir las relaciones entre los agentes económicos comunitarios y no tanto instaurar una nueva forma de sociedad. De tal modo que los individuos tenían los derechos que les eran reconocidos en sus ordenamientos constitucionales*[11].

No existió en los inicios de esta comunidad un catálogo de derechos, ni tan siquiera una referencia genérica a los derechos fundamentales, a pesar del hecho de que los tratados fundacionales regularon –y regulan- materias que afectan derechos tales como la libertad de circulación de trabajadores, libertad de establecimiento, etc.

## El rol del Tribunal de Justicia de la UE

La concreta protección de los derechos fundamentales en el marco de la UE es resultado del quehacer pretoriano: la ausencia de un catálogo de derechos instó a que el tribunal de Luxemburgo se pronunciara en pos de tal salvaguarda.

Debido a la supremacía del derecho comunitario sobre las Constituciones Nacionales, el problema de la protección de los derechos fundamentales se volvió el más acuciante de la agenda comunitaria europea. *Aquí se encontraba el talón de Aquiles de la expansión del derecho comunitario: ¿cómo justificar la prevalencia de un derecho que no consagra los derechos fundamentales (el comunitario) sobre otro que sí lo hace (el estatal)?* [12] .La protección de los derechos

---

[10] PIZZOLO, C. Ob cit.. p. 624.

[11] DEL LLANO, C.H. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Antrhopos Editorial, Barcelona, 2005, p. 100.

[12] RUIZ MIGUEL, Carlos. *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.* Universidad de Santiago de Compostela, Departamento de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2004, p. 25.

fundamentales devino además en una cuestión de brindar legitimidad a todo el sistema jurídico de la Comunidad.

Paulatinamente, y a partir de los años setenta, el tribunal abandona su actitud inicial de aplicar e interpretar estrictamente el derecho contenido en el ordenamiento comunitario, entendiendo en varias sentencias que la protección de los derechos fundamentales era parte del Derecho Comunitario. Derecho Comunitario entendido entonces no sólo como el derecho contenido en los tratados constitutivos, sino además por los principios de derecho comunes a las comunidades europeas integrantes del bloque. Se consolida así la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia a través de los principios generales. *Los derechos fundamentales están protegidos por el Derecho Comunitario pues, aunque sea de este modo indirecto, formarían parte del mismo*[13].

Es evidente que la falta de una declaración de derechos humanos a nivel comunitario fue una de las causas del llamado déficit democrático de la UE. La ausencia de una carta en el ámbito de la unión proyectaba inseguridad que podría volverse contra el Estado de Derecho de los propios miembros de la Unión Europea, ya que las competencias transferidas a las instituciones europeas no tendrían el mismo nivel de salvaguardia y garantía que los derechos fundamentales tendrían en cada Estado[14]. La ausencia de protección de derechos en el ámbito comunitario atentaba contra toda la legitimidad de la UE:

> La idea de Estado de Derecho, entendido como abstracción última del poder, sigue siendo perfectamente válida y continúa plenamente vigente, pero se trata ahora de un Estado de Derecho no asentado exclusivamente en el Estado-nación. La mutua interrelación entre Derecho comunitario, Derecho estatal, Derecho regional o federal y Derecho

---

[13] AGUDO ZAMORA, M. *La Protección de los Derechos de la Unión Europea. Claves para entender la evolución histórica desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa,* Revista de Derecho Constitucional Europeo, España, ISSN 1697-7890, Nº. 4, 2005, pags. 373-430.

[14] PORTAS, R. *La Unión europea y los derechos humanos.* Fundación ciudadanía y valores, España, 2009.

> transnacional (por no hablar de Derecho Internacional) hacen que el poder y la soberanía se compartan entre las diversas instancias y sujetos en función de los ámbitos materiales de competencia asignados a cada uno de ellos. En este marco el Estado nacional deja de tener la exclusividad en cuanto soporte de la legitimación y aplicación del Estado de Derecho[15].

El tribunal desarrolló en su jurisprudencia la validez de las fuentes de conocimiento de los derechos fundamentales: éstos valían como principios generales del derecho; principios que derivaban tanto de la tradición constitucional de los Estados miembros, como de los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados por los Estados miembros, especialmente la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales[16].

Ante la ausencia de una carta autónoma de derechos fundamentales, Tribunal Europeo entendió que el Derecho Internacional (convenio de Roma) y el patrimonio constitucional común de los Estado parte integraban el derecho comunitario europeo. De este modo, la UE introduce los Derechos Humanos como parte de su ordenamiento propio, pero todavía a través de una cláusula de remisión o reenvío (tanto al Derecho Internacional como a las constituciones de los Estado parte).

El Tratado de Maastrich (1993), que introdujo el concepto de ciudadanía europea, y el Tratado de Amsterdam (1999) que incorporó un título sobre la libre circulación de personas y políticas conexas, como el asilo y la inmigración, inauguraron los primeros atisbos de protección de derechos en la normativa comunitaria de la UE[17].

---

[15] SABSAY, ob. cit.

[16] HUMMER, W. *La elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de Mercosur desde una perspectiva europea.* VI Encuentro de Cortes Supremas de los Estados Partes del Mercosur. Brasilia, 2008.

[17] El Tratado de Maastricht, que se convierte ya en el de la Unión Europea, en el artículo 6.2 establece que: La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

En junio de 1999, el Consejo Europeo decidió elaborar una Carta propia al respecto. La Carta, fue finalmente firmada y proclamada el 7 de diciembre de 2000, en Niza, por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

De acuerdo con las aspiraciones de los Jefes de Estado o de Gobierno, esta Carta debía contener los principios generales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los países de la UE, así como los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta Social Europea del Consejo y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales y Fundamentales de los Trabajadores, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[18].

Desde sus inicios, la Carta despertó el debate de si debía ser considerada como una mera declaración política, o bien, si ostentaba carácter vinculante.

La discutida naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue finalmente definida en diciembre de 2009 con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa: a partir de allí, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados[19].

La Carta de Niza logró reunir en un único documento los derechos que hasta ahora se repartían en distintos instrumentos legislativos, como las legislaciones nacionales y comunitarias, así como los Convenios Internacionales del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

---

[18] Respecto de este instrumento: *la Carta Social del Consejo de Europa (*firmada en 1961) constituye, en el terreno de los derechos humanos, la prolongación del Convenio Europeo para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Algunos de sus artículos, de hecho, se hacen eco de enunciados que son muy próximos a los que figuran en el Convenio. BELORGEYUNED, J. La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales. Revista de Derecho Político , Nº 70, año 2007

[19] El artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta, destacando que su valor jurídico sería igual al de los Tratados, por lo que se entiende que su incorporación al Derecho Comunitario ha sido por vía de referencia.

## 3. Democracia y Derechos Humanos. La cláusula democrática de la UE

> Si no hay respeto a los sagrados derechos del ser humano, si no existe un país con un sólido y seguro basamento democrático garantizado por una Constitución que el pueblo se dio a sí mismo libremente, no es posible hablar de integración regional (...) La auténtica integración no será obra de gobiernos totalitarios, sino de regímenes bien asentados en incuestionables preceptos democráticos. La auténtica integración es de naciones que aman la libertad, y no de países sojuzgados por la opresión[20].

Las cláusulas democráticas y de derechos humanos se han erigido como un símbolo de consolidación del constitucionalismo regional y representan una especie de cláusula de corte transversal que condiciona la totalidad del orden jurídico del bloque, convirtiéndose en uno de los criterios esenciales que también deben cumplir los países candidatos a la adhesión[21]. La UE *obliga* a los países que negocien o bien que quieran adherirse al bloque que cumplan hacia el interior del Estado con un régimen democrático.

El fundamento de la actuación de la Unión Europea en su relación con terceros países (e incluso su línea de actuación principal en los organismos internacionales) ha sido el defender la universalidad e indivisibilidad de los Derechos Humanos. El fomento de la democracia pluralista y de garantías efectivas para el Estado de Derecho, así como la lucha contra la pobreza, figuran entre los objetivos esenciales de la UE. De hecho, ya desde 1992 la entonces Comunidad Europea incluyó en todos sus acuerdos con terceros países una cláusula en la que el respeto de los derechos humanos y el respeto

---

[20] TORRES KIRMSER, J, R. *Derechos Humanos y la Integración Regional* - Sexto Encuentro de Cortes Supremas del Mercosur y Asociados que se celebrada en Brasilia en 2008.

21 GARÍN, A, L. *Derechos Humanos en clave de Mercosur*, Brasil, Revista Brasileira de Direito Constitucional , Nº 15, 2010.

de la democracia se definen como elementos esenciales en la relación con el bloque.

El Tratado de Amsterdam señala en su artículo 6 que la UE *se basa en los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.*

En su artículo 49 explica que el respeto de estos principios es una condición para los países que soliciten ingresar en la UE; e introduce un mecanismo para castigar las violaciones graves y persistentes de los derechos humanos por parte de los Estados miembros de la Unión Europea.

La cláusula actúa como salvaguardia del orden constitucional interno y para disuadir a cualquier negociador de que tenga en miras ingresar en la organización y después olvidarse de sus compromisos puertas adentro.

Por su parte, la Cumbre de Niza de diciembre 2000 extendió el objetivo de promoción de los derechos humanos a todas las formas de cooperación con terceros países.

Del mismo modo, y además de la actividad económica desarrollada por el Mercosur, y su objetivo concreto de erigirse un Mercado Común, ya en el Tratado de Asunción de 1991 se definió a la democracia como condición básica para pertenecer al bloque. Esta cláusula se aplicó por primera vez en una crisis política paraguaya en abril de 1996. Hacia 2012, también operó en Paraguay al momento de la destitución del por entonces presidente Lugo.

Una vez iniciado el proceso, las declaraciones de las Cumbres Presidenciales del Mercosur enfatizaron la relación entre la democracia y el proceso de integración. En ese sentido se pronunciaron los presidentes en la Cumbre de Las Leñas en junio de 1992. Con posterioridad, la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático firmada en San Luis, Argentina el 26 de junio de 1996 reafirmó que la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición indispensable para la existencia y el desarrollo del Mercosur.

La cláusula democrática es una disposición que fue primero objeto de una declaración de los Presidentes de los países del Mercosur y luego objeto de un acuerdo internacional entre dichos Estados, lo

que le concedió carácter vinculante. A través de ella se establece que todo país que hubiere abandonado el sistema democrático de gobierno queda inmediatamente excluido del Mercosur[22].

La vigencia del sistema democrático y de los derechos fundamentales está consagrado en los instrumentos antecesores y constitutivos del Mercosur, como requisito sine qua non para la integración, con invocaciones a la libertad, la democracia y el respeto al orden legal y a la voluntad popular, a la justicia social y a la vigencia de los derechos fundamentales. Finalmente, el protocolo de Ushuaia de 1998 consolidó la relación entre el régimen democrático y la pertenencia a un proceso de integración, estableciendo normativamente sanciones al Estado miembro que se aparte de los principios democráticos[23]. *La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo*[24].

La cláusula democrática del Mercosur toma como modelo a la cláusula europea, pero ni una ni otra introducen de modo explícito la protección de los derechos humanos como objetivo integracionista. La cláusula establece una clara relación entre régimen democrático y proceso de integración: éste no es posible sin la vigencia de aquél. Y aquél supone la protección de los derechos fundamentales como uno de sus elementos esenciales.

La cláusula democrática evitaría el atropello a los derechos toda vez que exige la vigencia de la democracia para la conformación y continuación de un proceso de integración. Pero no *exige* que entre los fines integracionistas, se deba proteger y enumerar a nivel regional los derechos fundamentales. Bastaría con que éstos sean salvaguardados a nivel estatal como condición para la integración.

## 4. Los Derechos Humanos en el Mercosur

---

[22] SABSAY, Ob. cit.

[23] BIZZOZERO, L. *La agenda del MERCOSUR y los derechos humanos. ¿Hacia una comunidad regional?,* 2005, En Seminario MERCOSUR, Sociedad Civil y Derechos Humanos, consultado el 28 de junio 2015, accedido el 28 de junio de 2015 a través de http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/Ponencia_de_Bizzozero.pdf

[24] Art. 1. Protocolo de Ushuaia.

Como se adelantara, el proceso de integración conocido como Mercosur, tampoco incluyó entre sus primeros propósitos la temática social, ni reparó en cuestiones relativas a la protección de los derechos humanos. Sin embargo, éstos aparecían en forma tenue en los primeros documentos oficiales, explica Bergallo[25].

> En todo caso, los Protocolos posteriores y sobre todo el derecho emanado de los órganos del sistema mercosureño, han venido a completar y perfeccionar la organización, dotando al esquema de integración de alguna normativa básica en materia social, y asimismo, se han ido apuntando y señalando distintas cuestiones que afectan de manera directa o indirecta, al reconocimiento y protección de los derechos humanos en el marco mercosureño[26].

La idea de elaborar una *Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur* se remonta a la propuesta de los movimientos obreros de los cuatro Estados partes, redactada por el Consejo de Coordinación Social del Cono Sur en 1993 como parte de la futura Carta Social del Mercosur [27] [28]. La preocupación por las cuestiones de empleo y los

---

[25] BERGALLO. *Integración y derechos: la experiencia del Mercosur*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2008.

26 OLMOS GIUPPONI. *Derechos Humanos e Integración en América Latina*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 303.

27 Las centrales sindicales del Cono Sur ya estaban conformadas antes de la aprobación del Tratado de Asunción, lo que permitió su participación desde los inicios del proceso y la aceleración en negociaciones de espacios sobre temas sociales. La propuesta de Carta de Derechos Fundamentales tuvo como contenido un sistema de reglas laborales y sociales basado en convenciones de la OIT y en los mejores principios y normas de cada legislación nacional. El objetivo de la Carta de Derechos era consolidar una base regional en que se precisaran los derechos sociales y políticos y se definieran normas laborales comunes, a partir de un denominador común positivo. Se buscaba de esa forma contrarrestar una lógica que tendía a reducir los derechos sociales adquiridos y a acordar en un mínimo común denominador.

28 Hacia mayo de 1991 por medio de la Declaración de Ministros de Trabajo de los países miembros del Mercosur se estableció la necesidad de atender los aspectos

derechos de los trabajadores apareció temprano en la agenda de desarrollo del Mercosur por su centralidad para la integración comercial[29]. La idea de una integración económica involucra aspectos y efectos ineludibles que demandan la necesidad de afrontar la cuestión de la dimensión social de la integración, evitando así los efectos nocivos de caer en una concepción integracionista mera y estrictamente economicista[30].

El Protocolo de Ouro Preto (1994) introdujo avances concretos en la *dimensión social* del proceso. A partir de allí, la inicial veta sectorizada del bloque, amplía su margen y así comienzan a dilucidarse importantes adelantos plasmados normativamente.

En esta etapa de ampliación de los objetivos del Mercosur, las agendas de trabajo en los derechos seleccionados se fue expandiendo lentamente para introducir aspectos de la realización de esos derechos que exceden una mirada de los mismos como meramente instrumentales al desarrollo económico31.

En noviembre de 1998 se adoptó la Declaración Sociolaboral del Mercosur, que incluyó entre sus artículos derechos como la no discriminación, igualdad de oportunidades y de trato, prohibición del trabajo infantil, derecho de huelga, derecho de los empleadores a administrar sus empresas, libertad de asociación y de organización sindical y reconoce el derecho a la negociación colectiva.[32] Si bien la Declaración no contiene garantías que aseguren su cumplimiento, cuenta con un sistema de seguimiento de la aplicación de la Declaración cuyo órgano fundamental es la Comisión Sociolaboral. La Declaración se ha catalogado como uno de los primeros ensayos regionales que enfocan específicamente el tema de los derechos y garantías del ciudadano desde su individualidad.

---

laborales del Mercosur; ello se constituyó en antecedente inmediato de la creación del ex grupo de trabajo N° 11 en donde se hace referencia al estudio de la viabilidad de adoptar una Carta Social del Mercosur.

[29] BERGALLO, P. Ob. cit.

[30] HUMMER, W. *La elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de Mercosur desde una perspectiva europea.* VI Encuentro de Cortes Supremas de los Estados Partes del Mercosur, Brasilia, 2008.

[31] BERGALLO, P. Ob.cit.

[32] PUYANA de PALACIOS, A. *La integración económica y la globalización: Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano,* PyV editores, México, 2003, p. 254-255.

En el año 2000, comenzó a funcionar la Comisión Ad-hoc de Derechos Humanos en el ámbito del Foro de Consulta y Concertación Política. Hacia 2004, se decidió que esta comisión se transformara en la Reunión de Altas Autoridades y de Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur[33]. Este proceso, según describe el Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur, coincidió con un nuevo escenario político en la región pautado por el ascenso al gobierno de fuerzas progresistas, que declararon la necesidad de profundizar el llamado "Mercosur político".

En 2005, el Consejo del Mercado Común aprobó la Declaración de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Mercosur y Estados Asociados. Aquí los Estados Parte se obligaron a cooperar mutuamente por la promoción y protección defectiva de los derechos humanos y *se comprometen a establecer o en su caso fortalecer instituciones gubernamentales nacionales específicas en materia de promoción y protección de los Derechos Humanos en sus respectivos países, y acogen con beneplácito la cooperación entre las instituciones nacionales competentes en derechos humanos del MERCOSUR y Estados Asociados*[34].

Esta Declaración corroboró la vigencia de los compromisos internacionales acogidos por los Estados miembros en post de los derechos humanos, apoyando un fortalecimiento institucional para avanzar en los compromisos, a la vez que incluye el compromiso respecto al sistema interamericano de derechos humanos.

Desde 2005 se comenzaron a celebrar reuniones sistemáticas de las Altas Autoridades de Derechos Humanos. En este marco, por decisión CMC Nº 40/09 se creó el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (IPPDH), con el fin de contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho hacia el interior de los Estados Parte a través de implementación de políticas en materia de derechos humanos.

El IPPDH es una instancia de cooperación técnica, investigación aplicada y apoyo a la coordinación de políticas públicas

---

[33] La Reunión de Altas autoridades se gestó durante la Cumbre Presidencial de Ouro Preto de 2004, por medio de la Decisión CMC N° 40/04.

[34] Art.9 de la Declaración de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Mercosur y Estados asociados.

en derechos humanos en la región, y un ámbito para aportar ideas sobre los derechos humanos como uno de los ejes fundantes del proceso de integración regional. El IPPDH ha sido concebido por los Estados miembros del MERCOSUR no sólo como un instituto de derechos humanos sino como un instituto de políticas públicas en derechos humanos [35].

A partir de esta reseña histórica, se describe un recorrido en punto a la protección de derechos en Mercosur que inicia como meramente funcional al proceso de integración económica hasta alcanzar su lugar autónomo en la agenda de un Mercosur ampliado, social. Se describen entonces, dos momentos:

**Primera Etapa: La protección de derechos es funcional a los objetivos económicos del Mercosur**

> Al no incluir el Tratado (de Asunción) ninguna disposición normativa sobre la dimensión social, la cual quedó supeditada a la ampliación del mercado y a la modernización de la economía, podría pensarse —como de hecho se interpretó y visualizó— que la integración estaría acotada a una visión comercial y de mercado[36].

Mercosur, coincidiendo con la experiencia de la UE, no incluyó explícitamente el propósito de proteger los derechos humanos, si se destaca la finalidad económica de los textos fundacionales. El Tratado de Asunción fijó como gran objetivo el de ampliar la dimensión de los mercados nacionales a través de la integración. Pero a pesar de este silencio, desde el año 2003 el bloque ha desarrollado diversas actividades, programas y acciones en materia de derechos humanos. A partir de su relanzamiento en ese año, el Mercosur ha comenzado un

---

[35] ABRAMOVICH, V. *Derechos humanos en el marco del proceso de integración regional en el Mercosur,* 2012, en Publicación de la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina., consultado y accedido el 20 de junio de 2015 a través de la web www.unsam. edu.ar

[36] BIZZOZZERO, L. ob. cit.

rediseño de los objetivos de integración que se expandieron para dar un reconocimiento mayor a la agenda de ciudadanía de sus habitantes37.

Como se ha descripto, los derechos humanos irrumpen en Mercosur en la medida en que se detectaba su importancia instrumental para el proyecto comercial y sólo luego serán parte de una agenda que buscó – y busca - expandir las dimensiones social y cultural de la integración38. Es de notar además, que los objetivos económicos que conforman la integración se conectan con los derechos económicos, sociales y culturales y la primacía del Derecho de los Derechos Humanos hace que no puedan ser olvidados ni quebrantados39.

El Mercosur no puede leerse entonces como fenómeno abocado únicamente a la integración económica, si no que se define como proceso multidimensional. *La integración es un fenómeno de carácter pluridimensional, plurifacético, globalizante, típico del siglo veinte, que tiene la virtualidad de incidir no sólo en lo económico, sino también en lo social, en lo político, en lo jurídico y en lo cultural*[40].

En punto a la peligrosidad de entender a estos procesos como meramente económicos, el Consejo de Europa ha advertido en relación a la dimensión social de la UE *que la integración europea y la mundialización sólo pueden desembocar en resultados positivos en la medida en que los intereses económicos y sociales sean considerados en pie de igualdad*[41].

---

[37] BERGALLO, P. Ob. cit.

[38] BERGALLO, P. ob. cit.

[39] GARÍN, L, A. *Derechos en clave de Mercosur.* Revista Brasileira de Direito Constitucional, Brasil, 2010.

[40] FELDSTEIN DE CARDENAS S., L; RODRÍGUEZ, M, S. Disertación inaugural de las reuniones mensuales desarrolladas en el Instituto de Derecho Internacional Privado del C.A.S.I. sobre Armonización legislativa en materia de Quiebras. 1998/2000 Disponible en www.juridicas.com

[41] JIMÉNEZ GARCÍA, F. *La Carta Social europea (revisada): Entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de políticas sociales europeas,* 2009, Revista electrónica de estudios internacionales, N° 17, consultada y accedida el 20 de junio de 2015 a través de la web http://www.academia.edu/3302014/La_Carta_Social_Europea_Revisada_Entre_el_de

> En un principio la integración , ha tenido exclusivamente objetivos económicos, que luego se fueron ampliando a otros de diversa naturaleza, por lo que, en la actualidad, la integración no sólo tiene por objeto el área económica sino que también busca la protección de los derechos humanos o derechos personales[42].

**Segunda Etapa: La protección y promoción de derechos humanos en la agenda del Mercosur se corresponde con la realidad política al interior de los Estados miembro**

Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay comparten un pasado común de gobiernos que han cometido múltiples atropellos a los derechos individuales. Compartieron historias similares y en momentos prácticamente coincidentes: de modo sincronizado, los Estados del bloque –en punto a su historia reciente- atravesaron dictaduras militares, procesos de democratización, irrupción del neoliberalismo y vuelta de gobiernos más populares en períodos casi iguales de tiempo 43.

Sobre este andamiaje de experiencias comunes, apunta Abramovich que:

> "Se trata de un pasado común que al mismo tiempo nos ayuda a definir culturalmente "en contraposición con el terror

sconocimiento_y_su_revitalizacion_como_instrumento_de_coordinacion_de_las_pol%C3%ADticas_sociales_europeas

[42] EKMEKDJIAN, M, A, *Hacia la República Latinoamericana,* Buenos Aires, Depalma, 1991.

[43] Sucede algo similar con respecto a la adhesión de estos países a tratados internacionales: los principales instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos fueron ratificados en la década del ochenta por los Estados integrantes el Mercosur, fruto implícito de la experiencia latinoamericana en el proceso de democratización. Para mencionar el más importante, Argentina ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1989 y Brasil en 1992. Argentina reconoció a la Corte Interamericana en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1993 y Brasil en 1998.

> de estado", el rechazo a todas las formas de autoritarismo, de opresión, de persecución, de violencia estatal, de avasallamiento de la dignidad humana. Contribuye a la formación de una consciencia regional orientada al respeto de un piso mínimo de derechos fundamentales que deben ser siempre resguardados, y a la afirmación de reglas y principios éticos básicos para articular la convivencia social en democracia. De allí que la cuestión del respeto a los derechos humanos ha sido un tema central en las transiciones en nuestros países y hoy está íntimamente ligada con la idea de democracia que tenemos los sudamericanos[44].

Las transiciones democráticas que se sucedieron en los ochenta prepararon las condiciones para la creación de un bloque de integración regional, bloque que tuve entre sus antecedentes a la cooperación argentino-brasileña y demás instancias de cooperación que posibilitaron una modificación del escenario45.

En cuanto al determinante político regional, en 1986 existía la sensación de accederse a una nueva etapa, de triunfo del Estado de Derecho. Al mismo tiempo se lo consideró una situación necesaria y propicia para intentar la integración. Es la nueva atmósfera en que nació este nuevo intento de integración. Así, en la propia gestación del Mercosur ya se invoca la necesidad de la democracia para su realización y la explicitación más elocuente de ello se plasma en el acta de amistad argentino-brasilera de 1986 donde la democracia aparece como realizadora de los objetivos últimos de paz y desarrollo.

Ahora bien, a más de veinte años de la existencia del Mercosur, si bien no han logrado concretarse algunos de los objetivos enumerados por el Tratado de Asunción, cierto es que el proceso de integración de la región ha logrado avances no sólo en materia económica, sino que su maduración posibilitó la aparición y expansión de la cuestión social.

Cerca de esta idea, surge paulatinamente a nivel Mercosur el interrogante sobre la protección y promoción de los derechos humanos. Y esta preocupación no es azarosa sino que coincide con las

---

[44] ABRAMOVICH, V., Ob. cit.

[45] BIZZOZZERO, L. Ob. cit.

políticas públicas en temas de derechos humanos que comienzan a ocupar las agendas de los Estados parte.

Se habla de un cambio político en los gobiernos de América Latina y el Caribe, y especialmente en el Cono Sur, a partir del nuevo milenio, en relación al cuestionamiento del consenso de Washington y un posicionamiento distinto en relación al desarrollo y al papel estratégico del Estado. Ese cambio en la correlación de fuerzas podría conducir a un nuevo tipo de regionalismo, pensado como un "regionalismo inclusivo", como opuesto al regionalismo puramente económico[46].

Este regionalismo inclusivo se correspondió con la extensión por gran parte de América Latina de una construcción discursiva en contra del modelo neoliberal, depuradora de ciertos ámbitos institucionales, y medidas relacionadas con las reivindicaciones de derechos humanos en la región.

El cambio ideológico de principios de siglo XXI condujo a una *revisión* del Mercosur: la firma en agosto de 2003 del Consenso de Buenos Aires que coloca la dimensión social y productiva del Mercosur en el mismo nivel que la comercial, consolida la dimensión social del proceso.

> El que se plantee de esta manera la vinculación entre el Mercosur, las prioridades temáticas actuales de la agenda y los derechos humanos responde a los cambios que se han procesado en los últimos años y que han mostrado por parte de los gobiernos de la región un especial interés en enfatizar la modificación de las prioridades regionales y la importancia que tienen los asuntos políticos, sociales, culturales y el desarrollo[47].

Los gobiernos de los Estados miembros han coincidido en políticas activas en materia de protección de los derechos humanos y,

---

[46] VITA, L. ob. cit.

[47] BIZZOZZERO, Ob. cit.

al mismo tiempo, en la agenda mercosureña, la temática ha cobrado una dimensión sin antecedentes. Existe un especial interés de los gobiernos en enfatizar la modificación de las prioridades regionales y la importancia que tienen los asuntos políticos, sociales, culturales y el desarrollo.

El lineamiento de los gobiernos influyó sustancialmente en esta cuestión. América Latina superó años de dictaduras y neoliberalismo a ultranza, y el resultado actual es remediar sus destrozos, y prevenir nuevas irrupciones. De allí que la protección de los derechos humanos también se plantea hoy a nivel Mercosur.

*La realidad es que el Mercosur y la construcción de su modelo, como cualquier proceso de integración, no puede ser analizado sin considerar el contexto histórico*[48]. Así como los 90 sedujeron a las economías estatales con la política neoliberal – política que ya había sido introducida por los gobiernos militares -, y ello se tradujo en clave integracionista; hacia principios de este siglo el fortalecimiento democrático al interior de los Estados incidió en la agenda mercosureña.

La irrupción de los derechos humanos en el Mercosur puede explicarse como un recorrido en el que inicialmente aparece la protección de derechos como necesidad funcional al proceso económico para luego corresponderse con una agenda específica abocada a la dimensión social del Mercosur. *Los derechos parecen haber ingresado en el trabajo hacia la integración en la medida en que se ha detectado su importancia instrumental para el proyecto de integración comercial y sólo más reciente como parte de una agenda que ha buscado expandir las dimensiones social y cultural de la integración*[49].

## 5. ¿Hacia una carta autónoma de derechos humanos del Mercosur?

---

[48] BRICEÑO RUIZ. *Del regionalismo estratégico al regionalismo social y productivo. Las transformaciones del modelo de integración del Mercosur 2011* en BRICEÑO RUIZ, *El Mercosur y las complejidades de la integración regional*, Buenos Aires, Editorial Teseo, 2011.

[49] BERGALLO, P. Ob. cit.

En el marco de la UE, la exigencia de protección de los derechos fundamentales fue consecuencia del déficit democrático que adoleció el derecho comunitario europeo, salvado primeramente por la labor pretoriana del Tribunal de Luxemburgo. La UE como proceso de carácter supranacional no podía contener un derecho que no reparara de manera explícita en la temática de derechos fundamentales. Los conflictos normativos entre ordenamientos jurídicos estatales e internacionales protectores de derechos y el derecho comunitario logró solucionarse a partir de la Carta de Niza.

El fenómeno de la protección multinivel de derechos fundamentales en este caso comprende los ordenamientos jurídicos de los Estados de la UE, los Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por estos Estados y el derecho comunitario de la unión.

En cuanto a los Estados miembro del Mercosur, la protección de los derechos humanos también es multinivel: los Estados parte han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos – entre otras convenciones de esta categoría – y sus ordenamientos internos también regulan temas de derechos humanos[50]. Mas en el ámbito del Mercosur, aún no existe un plexo normativo tuitivo de derechos humanos.

Más allá de los importantes avances en la dimensión social del Mercosur, el proceso no cuenta aún con un instrumento vinculante en materia de derechos sociales ni de derechos humanos, como tampoco con un órgano jurisdiccional permanente, un tribunal de justicia del Mercosur[51]. En Mercosur, la necesidad de contar con un plexo normativo protector de derechos humanos no existe con la urgencia que primó en el caso europeo, por el hecho de que el esquema

---

[50] *Los principales instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos fueron ratificados en la década del ochenta por los Estados integrantes el MERCOSUR, fruto implícito de la experiencia latinoamericana en el proceso de democratización. Para mencionar el más importante, Argentina ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1989 y Brasil en 1992. Argentina reconoció a la Corte Interamericana en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1993 y Brasil en 1998. De este modo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aseguró un plano mínimo irreductible, un piso pertinente a la defensa de los derechos humanos, y no un techo, un máximo de protección.* GARÍN, A. L. Derechos humanos en clave Mercosur, Brasil, Revista Brasilera de Derecho Constitucional, 2010, p. 31.

[51] VITA, L. Ob. cit.

mercosureño no es supranacional como aquel, sino intergubernamental.

La mayoría de las normas legales del Mercosur tienen un status incompleto, que surge del deber de internalización en el plano local de las decisiones intergubernamentales y del fracaso, las demoras o ineficacias que caracterizan ese proceso de recepción doméstica en cada uno de los países del Mercosur[52].

Este esquema intergubernamental hace que no existan instrumentos directamente operativos para los Estados miembro. Tampoco existe un tribunal supranacional con decisiones vinculantes. Y ello complejiza la tarea de concretar mecanismos efectivos de protección de derechos humanos en Mercosur.

A pesar de ello, se encuentra en la agenda mercosureña la elaboración de una Carta de Derechos Humanos. Tal redacción sería sin dudas de gran utilizad a los fines de la profundización de la dimensión social del Mercosur.

La protección de los derechos humanos aparece de este modo como elemento central para pensar en el proceso de construcción de ciudadanía y de derechos a nivel regional[53].

Apunta Bergallo que para lograr ese objetivo sería conveniente contar con una evaluación más profunda de los efectos de las normas dictadas hasta ahora en el ámbito doméstico de cada país del Mercosur.

Esa indagación debería diferenciar el status jurídico de las normas mercosureñas entre países y al interior de cada Estado y los efectos de esos grados de vinculatoriedad en su eficacia[54]. La autora considera el rol de los órganos decisorios como fundamental en esta tarea de protección de los derechos humanos a nivel Mercosur.

Frente a las limitaciones estructurales del Mercosur (intergubernamentabilidad), deberán diseñarse estrategias para la incorporación de una carta de derechos humanos mercosureña, con carácter vinculante, en caso de que finalmente logre redactarse.

---

[52] BERGALLO, Ob. cit.

[53] ABRAMOVICH, Ob. cit.

[54] BERGALLO, P. Ob. cit.

Por último, restaría preguntarse si una carta de este tipo protegería contra el poder público que surge del bloque Mercosur o si sólo serviría para proteger a los individuos del poder del Estado.

## 6. Conclusión

Ningún proceso de integración puede ser fruto de gobiernos autoritarios: toda unión nace a partir de *Estados de Derecho*, la integración exige la democracia para su existencia.

No es ocioso el hecho de que los tratados constitutivos de la UE y del Mercosur mencionen la vigencia de la democracia como condición indispensable a los fines integracionistas.

Los procesos de integración regional, como fenómenos multidimensionales, no se han agotado en sus iniciales objetivos económicos: han ampliado sus agendas ocupándose de la *dimensión social* de la integración.

En el marco de la EU, la protección de los derechos fundamentales fue consecuencia de la supranacionalidad del proceso: el déficit democrático que adolecía la unión era producto de un derecho comunitario que guardaba silencio en punto a la salvaguarda de los derechos humanos.

El Tribunal de Justicia de Luxemburgo veló primeramente por esta protección, salvando aquel silencio del derecho comunitario tras el reenvío al derecho internacional de los Derechos Humanos y a los principios de derecho comunes de los Estados parte. Finalmente, la incorporación de la Carta de Niza al plexo normativo vinculante de la Unión saldó aquella deuda democrática.

En Mercosur, inicialmente la protección de derechos fue funcional al proceso económico. Posteriormente, los derechos humanos formarían parte de las políticas promovidas desde el bloque. Esto estuvo dado por la realidad política al interior de los Estados parte: la coincidencia de discursos progresistas y preocupados por la protección de los derechos humanos se reflejó a nivel mercosureño.

En el caso del Mercosur, el esquema intergubernamental que lo caracteriza no hace exigible una carta de derechos humanos

autónoma. Sin embargo, tal elaboración normativa se encuentra en la agenda actual del bloque. Su concreción sin dudas profundizaría la dimensión social del Mercosur.

# LA IRRUPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL EN EL DERECHO: ¿UN "NUEVO JUEZ"? EL PAPEL DEL JUEZ EN EL PROCESO AMBIENTAL

*Georgina Doroni* [*]

## 1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la irrupción transversal y horizontal de la cuestión ambiental, la cual se ha insertado en la agenda nacional, determinando una variable de gran peso en la toma de decisiones, planificación y gestión por parte de los distintos actores sociales.

Podríamos decir que la problemática ambiental ha generado nuevas perspectivas en el mundo jurídico y en el rol que debe asumir el Estado frente a ello, incidiendo de un modo gravitante en la configuración de nuevos y posibles derechos. La idea del surgimiento de "nuevos derechos" no es algo nuevo, sino que es un derrotero que ha tenido lugar en el devenir de nuestra historia como humanidad.

A través del presente trabajo se realizará un análisis del papel que debe impetrar el juez al momento de decidir cuestiones de índole ambiental, dada la regla en materia ambiental del derecho al acceso irrestricto a la justicia, enmarcado en el orden público ambiental que configuran los principios ambientales y proponiendo una interpretación evolutiva y finalistas del derecho, dado la implicancia social y colectiva comprometida en la temática ambiental.

[*] Abogada y Notaria (Universidad Nacional de Córdoba). Profesora adscripta en "Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Becaria CONICT Tipo I- Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC)- Maestranda en Derecho y Argumentación.

## 2. El problema ambiental, un problema social. El derecho al acceso irrestricto a la justicia

En vez de preguntarnos qué requisitos impone la democracia, debemos indagar qué derechos tienen las personas. Se deben tomar decisiones de principios y no de políticas públicas; esto es, decisiones sobre qué derechos tienen las personas en nuestro sistema constitucional y debería hacerse elaborando y aplicando la teoría sustancial de la representación, tomada del principio fundamental de que el gobierno debe tratar a los ciudadanos como iguales[1].

Partiendo de la idea de que no podemos desconocer que el problema ambiental es en su esencia un problema social, es necesario replantearse el estilo de sociedad y de desarrollo imperante: la razón de ser del problema subyace en que es un problema que repercute en el desarrollo mismo de la humanidad. La problemática ambiental es el reflejo de la adopción de un determinado arquetipo de desarrollo -sociocultural, económico, político-. Es decir, existen causas ambientales en el subdesarrollo, la marginación, la pobreza, la explotación del capital y el colonialismo interno.

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional se deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes[2].

Como dijo la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires:

> "La tutela al medio ambiente, patrimonio de todos justifica soluciones expeditivas, usualmente extrañas a los tiempos que suele tomarse la justica ya que el deterioro ambiental progresa a modo casi exponencial y las soluciones tradicionales aparecen como inapropiadas para detenerlo, por lo que interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta

---

[1] DWORKIN, Ronald. Una cuestión de principios. Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2012, p.93-100.

[2] Principio 10 de la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Cumbre de la Tierra, Río de Janeiro, 1992).

> materia y justificar cierto grado de transgresión de normativas que no se han adoptada a la realidad, no debe entenderse como una indebida limitación a las libertades individuales, pues no hay libertad parad dañar el ambiente ajeno ni para restringir la libertad que tiene todo individuo de usar y gozar del ambiente"[3].

El acceso a la justicia ambiental presupone como regla que "El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie"[4], lo cual supone que el sistema deber ser igualmente accesible para todos y que debe brindar una respuesta individual o socialmente justa, siendo el paso inicial e insoslayable hacia el camino de la concreción efectiva de los derechos.

Existe un reconocimiento cada vez mayor tanto en la sociedad civil como en los gobiernos de que el acceso a la información, la participación y la justicia es un elemento central para lograr la protección ambiental y el desarrollo sostenible[5]. Considero que estos tres derechos (a la información, participación y justicia), son tres niveles o instancias inescindibles, ya que uno implica al otro[6] y para el real y efectivo ejercicio de cada uno de ellos se requiere consustancialmente contar con el otro. Es decir, el acceso a la

---

[3] SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES. "Almada Copetro y otro". Fallo del 19 de mayo de 1998. P. 979.

[4] Ley General del Ambiente, Artículo 32, primer párrafo.

[5] Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe; situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 30 de octubre de 2012.

[6] Así se ha destacado en el documento preliminar "Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: Destacando que los derechos de acceso están relacionados entre sí y son interdependientes, por lo que todos y cada uno de ellos se deben promover y aplicar de forma integral y equilibrada (Visión de Lima para un instrumento regional sobre los derechos de acceso en materia ambiental adoptada en la tercera reunión de puntos focales designados por los Gobiernos signatarios de la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe de 30 y 31 de octubre de 2013).

información[7] favorece la apertura y transparencia en la toma de decisiones y contar un con libre, confiable y oportuno acceso a la información y la correlativa obligación positiva del Estado de suministrarla[8] permite una participación ciudadana informada[9], consciente de qué derechos y cuáles mecanismos dispone para ejercerlos deliberadamente, entre ellos un acceso irrestricto a la justicia, para justamente defender los dos derechos anteriormente mencionados. La revisión judicial es un rasgo distintivo de nuestra vida política[10].

Si bien no existe una estrategia universal para alcanzar el desarrollo sustentable, ya que no podemos hablar de un solo tipo de desarrollo, sino que depende del particularismo y condiciones sociales, culturales, económicas, institucionales. Por lo que hay tantos estilos de desarrollos como realidades locales haya. Sin embargo, la institucionalización de la problemática y el punto de inflexión que ha generado la cuestión ambiental en la agenda nacional e internacional es un gran avance y se debe trabajar en ese camino hacia la

---

[7] En 2006 la CIDH dio otro importante paso a nivel internacional en la promoción de los derechos de acceso, al reconocer el derecho de acceso a la información pública como un derecho humano fundamental protegido por los tratados de derechos humanos, que debe ser respetado por los Estados. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Claude Reyes and Others v. Chile", 19 de septiembre de 2006, series C núm. 151", párr. 77.

[8] Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo los casos en que se aplique una legítima restricción. Cf. CORTE IDH. *Caso Claude Reyes y otro v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de Septiembre de 2006. Serie C. N°151. En igual sentido en el documento preliminar "Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe se dispone que "se puede solicitar libremente información sin demostrar ni siquiera mencionar un interés especial o explicitar razones por las cuales se solicita la información (artículo 6°)".

[9] Una participación ciudadana informada en las etapas temprana de toma de decisiones en materia ambiental contribuye a prevenir futuros conflictos, a generar consensos y diálogos. De este modo la ciudadanía se siente parte de las decisiones públicas. Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe; situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 30 de octubre de 2012.

[10] DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*. Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2012, p.101.

configuración de estándares y premisas mínimas tendientes a la protección del medio ambiente, como bien colectivo, no solo del presente sino también del futuro.

Roberto Guimarães plantea que

> "este nuevo estilo de desarrollo tiene como norte una nueva ética del desarrollo, una ética en la cual los objetivos económicos del progreso estén subordinados a las leyes de funcionamiento de los sistemas naturales y a los criterios de respeto a la dignidad humana y de mejoría de la calidad de vida de las personas". (...).
>
> "Es más: tomando en cuenta las distancias económicas y sociales entre los diversos sectores de la sociedad, con sus secuelas de polarización, desconfianza y resentimiento, el estado sigue representando, aunque con serios problemas de legitimidad, como un actor privilegiado para ordenar la pugna de intereses y orientar el proceso de desarrollo, y para que se pueda, en definitiva, forjar un pacto social que ofrezca sustento a las alternativas de solución de la crisis de sustentabilidad. Conviene recordar que las dificultades provocadas por situaciones extremas de desigualdad social y de degradación ambiental no pueden ser definidas como problemas individuales, constituyendo de hecho problemas sociales, colectivos. No se trata simplemente de garantizar el acceso, vía el mercado, a la educación, a la vivienda, a la salud, o a un ambiente libre de contaminación, sino de recuperar prácticas colectivas (solidarias) de satisfacción de estas necesidades"[11] (indispensable tanto para las generaciones presentes como futuras).

## 3. ¿Un nuevo juez? El papel del juez en materia ambiental.

[11] GUIMARÃES, Roberto P. "La ética de la sustentabilidad y la formulación de políticas de desarrollo". Pág. 69-70. En ALIMONDA, Héctor (comp.), *Ecología política. Naturaleza, sociedad y utopía*, Buenos Aires: CLACSO, 2002.

Estamos asistiendo a una lenta pero segura declinación de una concepción individualista del proceso y la justicia. Todos los principios, los conceptos, las estructuras que estaban radicadas en esa concepción, aparecen cada día más insuficientes para dar una aceptable respuesta al problema de asegurar la tutela necesaria a los nuevos intereses difusos y de grupo, que han llegado a ser vitales para las sociedades modernas.

Se requiere de un aggiornamiento de las técnicas jurídicas; de un proceso vivo, que reclama medidas de inmediato, anticipadas, efectivas, de un juez comprometido con la evolución de los principios y de las normas, no ya solo como referí[12] , porque lo que está en juego es un bien común, colectivo, que nos concierne a todos y cada uno de nosotros. Es este acceso a la justicia la que debe estimular una sensibilización hacia el medio ambiente, que no solo atañe a las generaciones del presente sino también a las del futuro, lo que implica una dimensión y responsabilidad colectiva frente al problema. Es una responsabilidad social, de todos ya así lo manifiesta el Papá Francisco en su Carta Encíclica 'Laudato Si' sobre el cuidado de la casa común, en donde sostiene que nada no es indiferente: "Pero hoy no podemos dejar de reconocer que un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social, que debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente"[13].

La teoría jurídica ambiental se orienta hacia una perspectiva del juez "activa", que supera el mero espectador-observador de los procesos clásicos-tradicionales. Genera su irrupción un giro copernicano al constitucionalizarse la problemática ambiental y al

---

[12] John Ely, por el contrario sostiene que los jueces cumplen una función similar a la de los árbitro en un partido de fútbol, Su misión es la de permitir a los jugadores (en este caso, los jugadores del juego democrático) hagan su juego, y no la de participar en el mismo, tomando partido a favor de un sector o el sector rival. El buen árbitro, como el buen juez, es el que deja que los partidos sean resueltos a partir de una disputa a la que ellos solo siguen desde afuera. Los jueces solo deben ocuparse de los procedimientos, no de desentrañar valores. En GARGARELLA Roberto "La dificultosa tarea de la interpretación constitucional "en Teoría y Critica del Derecho Constitucional-Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008. Pág. 140.

[13] PAPA FRANCISCO, *Laudato Si,* Carta Encíclica sobre el Cuidado de la Causa Común, 24 de mayo de 2015, punto 49.

consagrase el medio ambiente como un derecho humano básico[14]. En este sentido, el juez debe responder a este valor constitucional y sus decisiones deben ser consecuentes, congruentes y eficaces en torno al mandato preventivo que impone la tutela ambiental[15].

El juez no es un mero receptor de normas, sino que por el contrario su actuación le demanda un actuar consciente, siendo un elemento fundamental a la hora de adaptar sus decisiones a la realidad concreta, lo cual denota una actividad sumamente compleja y delicada[16], en donde cabe preguntarnos ¿qué se espera de la actuación

---

[14] Los derechos humanos son facultades y prerrogativas inherentes a la persona humana que le corresponden por su propia naturaleza, indispensables para asegurar su desarrollo dentro de una sociedad organizada en igualdad de condiciones y que no pueden dejar de ser respetados y reconocidos por los Estados. Hacen a la esencia del ser humano, constituyen la base sin la cual el ejercicio y disfrute de otros derechos se vería conculcado. Son derechos que tienen como base los atributos de la persona humana. Hoy en día es indiscutible que el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, consagrado constitucionalmente y reconocido en los Tratos Internacionales, forma parte del elenco de los derechos humanos o personalísimos. El ambiente, jurídicamente es un atributo fundamental de los individuos, por dicha razón el derecho al ambiente haya ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad. Atento, inclusive, que otros de ellos hoy indiscutidos (como la integridad física, la salud, la vida) se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre.

[15] Uno de los caracteres del derecho ambiental es su énfasis preventivo (y así se encuentra plasmado en toda la legislación sectorial y de presupuestos mínimos). Por tal motivo, en materia ambiental cobra rigurosa importancia el instituto de la prevención, procurándose evitar, dentro de los medios y límites racionales, todo posible riesgo que pueda afectar de manera negativa y relevante al medio ambiente. Es decir, que sus objetivos son fundamentalmente preventivos, porque la coacción a posteriori resulta ineficaz, puesto que muchos de los daños ambientales, de producirse, son irreversibles.

[16] El juez representa para el derecho positivo, una sutil versión del caballo de Troya: de apariencia a la vez inerte e impotente, goza de la confianza del sistema jurídico, que le confiere el poder necesario para defenderlo y aplicarlo; pero el magistrado no es una máquina en manos del legislador: debajo de la toga hay un ser humano, con su inteligencia, sus valores, sus intereses y sus yerros. Y esto, que en la práctica se considera comúnmente una ventaja en cuanto se cree que habilita al juez para "comprender mejor" o "juzgar con equidad" las conductas humanas de las que debe conocer, constituye una grave dificultad para quien intenta acercarse al fenómeno judicial con ánimo de teorizar. GUIDOURG, Ricardo A. *Derecho, sistema y realidad.* Buenos Aires, Astrea, 1986. Pág. 45.

judicial? ¿Se espera una decisión calculable, predecible, segura; o una decisión justa, específica y concreta, actual? Es un interrogante muy amplio y discutido en áreas de filosofía del derecho, en donde entra en juegos valores tales como la seguridad y previsibilidad de las decisiones judiciales a los fines de poner un freno o control al temor de la discrecionalidad judicial, pero a su vez se exige que la decisión del juez sea útil y justa. Claramente esta discusión y teorización excede las líneas de este trabajo, el cual pretende (humildemente) delinear la figura del juez ante incumbencias ambientales, de las cuales no puede mantenerse "totalmente al margen" ya que son cuestiones que le conciernen y afectan de un modo directo, ya que el medio ambiente es un bien colectivo. La protección del mismo es un deber de todos y cada uno de los habitantes, también del juez que vive en él, que no puede ser indiferente de lo que acontezca y debe fallar en pos de la defensa y manteamiento de los recursos naturales y servicios ambientales.

Los derechos fundamentales no son puros enunciados deontológicos sino que como todo derecho subjetivo constituyen verdaderos instrumentos para obtener decisiones judiciales. Se requiere concretar en acciones positivas dicha protección, ante lo cual es inevitable preocuparse y circunscribirse en las particularidades del caso, en la realidad local involucrada.

Se necesita, a mi entender, considerar el sentido finalista de la sentencia, sus consecuencias reales –prácticas, los costos ambientales, sociales, económicos que implica. En este sentido, dentro de la variedad de técnicas interpretativas que dispone el juez (muchas veces opuestas entre sí), en función del papel que cumplen los principios del derecho ambiental, se debe buscar una interpretación que armonice la idea de desarrollo sustentable con las actividades humanas, en un delicado equilibrio en tanto se encuentra en juego un bien de incidencia colectiva, no solo del presente sino también respecto al futuro. Esto plantea la necesidad de una solidaridad intergeneracional porque estamos frente a problema que afecta no sólo a las generaciones presentes sino que, en mayor medida, quienes sufrirán el deterioro ambiental y desgaste de los recursos son personas que hoy no existen y en consecuencia no tienen los medios para hacer valer sus derechos. Son personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y desprotección, en tanto son los potenciales perjudicados de nuestros hábitos de consumo devastadores y de un

estilo de desarrollo que tiene como subproductos más notorios la pobreza y el deterioro ambiental.

Por ello, el juez al momento de dar su veredicto debe considerar el *sentido finalista* de la sentencia, que tenga en cuenta una finalidad con sentido evolutivo, que se produzca una simbiosis entre las tradicionales interpretaciones exegéticas, de la intención del legislador con una visión dinámica que busca brindar una respuesta al caso concreto. Es decir, ir más allá de criterios que miran "hacia atrás, hacia el pasado", en busca de los orígenes de la norma, para lograr una interpretación dinámica, que "actualice" el sentido de la norma, adecuándola a la "realidad viviente"[17]. De este modo se propone pensar en "aquí y ahora", brindando un texto más cercano a las necesidades y problema que nos atañes todos los días[18]. No se trata de desconocer las palabras de la ley, sino dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, y en especial, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y de los principios fundamentales del derecho.

Se deben encaminar los pronunciamientos en el derrotero trazado por las directivas insoslayables provenientes de demandas sustanciales, de máxima jerarquía como lo son los preceptos contenidos en los artículos 41 y 43 de nuestra Constitución Nacional. Asimismo, en torno a ello no se puede negar la insoslayable importancia del principio de progresividad, que lleva implícito la no regresividad, lo cual implica que se debe avanzar de forma progresiva hacia la cabal protección del medio ambiente, estando prohibido cualquier retroceso, reconociendo las circunstancias y particularidades de cada país respecto de los derechos de acceso. Corolario de la idea anterior, esto implica que se deben adoptar todas las medidas, hasta el

---

[17] GARGARELLA, Roberto. "De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina". Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pág.55. Consultado el 15 de mayo de 2015 a través de la web http://www.juridicas.unam.mx/

[18] En este sentido, el famosos juez norteamericano Féliz Frankfruter señalaba: "Es una concepción inadmisiblemente estrecha del derecho constitucional (...) la de confinar su contenido a las palabras de la Constitución, dejando de tomar en cuenta las glosas que la vida ha escrito acerca de ellas". En GARGARELLA Roberto "La dificultosa tarea de la interpretación constitucional "en Teoría y Critica del Derecho Constitucional-Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008. Pág. 126.

máximo de los recursos que disponga, para lograr la plena efectividad de los derechos.

Por lo que, las nuevas medidas judiciales, políticas, legislativas que se dispongan no pueden disminuir el nivel de protección, es decir, se debe avanzar en forma gradual y progresiva en la búsqueda de una plena efectividad y operatividad de los derechos consagrados. En palabras de Alexy, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, los caracteriza como mandatos de optimización[19].

En este contexto se puede sostener que la irrupción de la cuestión ambiental es transversal y horizontal, ingresando en el ámbito judicial, avigorando una fuerza revolucionaria:

> "si solo consideramos al derecho ambiental como un conjunto de aportaciones destinadas a aggiornar cosméticamente a las disciplinar jurídicas existentes con el fin de acomodar sus estructuras y funcionamientos a las nuevas exigencias de las sociedades modernas jaqueadas por la problemática ambiental, tendremos solo un visión parcial. Y muy probablemente quedemos encorsetados en los modos y procedimientos de los institutos jurídicos preexistentes, sin poder romper esa especie de obsesión que muchas veces sufrimos los operadores del derecho, rehusándonos a cuestionar o transformar los mimos, sin asumir la necesidad de brindar, antes nuevas demandas de la sociedad, nuevas respuestas jurídicas"[20].
>
> "La interpretación de cada artículo y de cada ley no puede hacerse en forma aislada para su fin inmediato y concreto, sino que debe integrarse con el ordenamiento jurídico restante y principalmente con los principios y garantías de la CN. La tarea del intérprete no puede cumplirse en el plano

---

[19] ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales". Trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2001, cit. en ESAIN José, "*Progresividad, gradualidad, no regresión y el derecho humano fundamental al ambiente",* Revista de Derecho Ambiental N° 35. Buenos Aires, Abeledo Perrot, Julio/Septiembre 2013.P.1-49.

[20] PERETTI, Enrique. "La valoración del daño ambiental" en LORENZETTI Ricardo Luis (Director), *Derecho ambiental y daño.* Buenos Aires, La ley, 2011. Pág. 369-401.

> conceptual de las normas y con el solo recurso de la lógica, pues no se trata de llegar a una solución que no sea contradictoria, por estar dentro de las posibilidades legales, sino a una solución que, además, sea justa. En otras palabras, la interpretación de las normas debe siempre ineludiblemente contribuir al afianzamiento de la justicia que en definitiva, es su norte. Es que en rigor, el juez nunca aplica una norma aislada, sino la totalidad del ordenamiento jurídico del que depende su sentido"[21].

### 3.1. La visión del juez en nuestra ley general del ambiente

La Ley General del Ambiente (Ley Nacional 25675) en su artículo 32 regula las facultades ordenatorias de los jueces, rezando el mismo en su parte pertinente:

> "El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte".

El proceso ambiental requiere una participación activa del juez quien se encuentra, en pos del orden público ambiental, facultado con

---

[21] KOCH Eduardo Alfredo, "El derecho a la jurisdicción y la interpretación de las leyes," LL1991-D-21, cit. en Código comentado Civil, Comercial y Laboral (Ghersi – Weingarten Directores), Santa Fe, Nova tesis, Noviembre de 2014. Pág. 19-22).

amplias atribuciones ordenatorias debiendo adoptar las medidas necesarias y conducentes a una efectiva protección del bien jurídico colectivo. Dadas las características y peculiaridades del daño ambiental, se hace ineludible una participación activa, preventiva y precautoria del juez en la protección del medio ambiente, en tanto las lesiones adversas y daños en el ambiente se caracterizan por ser irreversibles y de difícil cuantificación y mensuración respecto a sus alcances.

Cabe resaltar que si bien el juez debe ser conducente en los principios del debido proceso legal, congruencia e imparcialidad, no puede tener una mirada miope en virtud de la amplitud y repercusión expansiva de los conflictos ambientales, respecto a los cuales como todo habitante, el juez también es parte, y debe asumir su rol con la responsabilidad social acorde a la naturaleza de los derechos afectados[22].

> "La estructura judicial que hasta ahora se vanagloriaba de mantenerse al margen de lo que era juzgado, ya no puede mantener esa distancia. El fenómeno ambiental alcanza al juez en forma mucho más directa. Ya no aparece ciega la justicia. Debe ver bien, debe ver técnicamente y, además, si bien mantendrá su objetividad, el juez actuará con una imparcialidad relativa, por cuenta se halla tan involucrado como el acusador y el acusado. En el marco del proceso emerge el compromiso jurisdiccional hacia la evolución jurídica que agiliza la satisfacción de exigencias sociales, en donde la neutralidad de los magistrados no obsta al despliegue de una actitud humanista y solidaria, superando la posición estática y neutral del juez como espectador del sistema dispositivo, toda vez que s enfrenta ante un peligro de daño ambiental, tome

[22] En este sentido, Pigretti manifiesta que "las nuevas cuestiones no le permiten al juez ser imparcial. Tendremos que crear un nivel distinto de consideración del problema, un conjunto de valores en los que el juez es parte, porque le interesa el agua que bebe siga siendo fresca, cristalina, pura; porque le interesa que el aire que respira mantenga esa condición; porque le interesa que determinada foresta no sea afecta (…). El juez siempre es un juez interesado, dado que tiene un interés ambiental humano, que es ínsito a su condición". Cf. PIGRETTI Eduardo, "Derecho ambiental profundizado". La Ley, 2004. Pág. 10,45.

para sí la dirección del proceso, ordenando mediadas precautorias o para mejor proveer"[23].

"Que en las condiciones expuestas, frente a situaciones como la examinada, el Tribunal debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el artículo 32 de la ley 25.675, pues la circunstancia de que en actuaciones de esta naturaleza hayan sido morigerados ciertos principios procesales y, en general, se hayan elastizado las formas rituales, no configura fundamento apto para permitir en esta clase de asuntos la introducción de peticiones y planteamientos que se aparten de reglas procedimentales esenciales que, de ser admitidos, terminarían por convertir a este proceso judicial en una actuación anárquica en la cual resultaría frustrada la jurisdicción del Tribunal y la satisfacción de los derechos e intereses cuya tutela se procura"[24].

En corolario a lo citado precedentemente, en los autos Alarcón, Francisco y otros c/ Central Dock Sud S.A. y otro – Recurso de Hecho: "con sustento en lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 25.675 y en el art. 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dispuso una medida precautoria distinta a la solicitada por los actores, en la búsqueda de una solución que, a su entender, no podía esperar el dictado de la sentencia definitiva"[25].

Al respecto, también la jurisprudencia ha afirmado que

"Los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo o bien dividir las

---

[23] MORALES LAMBERTI, Alicia - NOVAK, Aldo, *Instituciones de derecho ambiental.* Córdoba, MEL Editor, 2005.

[24] CSJN, "Schoder, Juan y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daño Ambiental". Fallo del 01/08/2013. S. 759. XLVII.

[25] CSJN, "Alarcón, Francisco y otro c/ Central Dock Sud S.A. y otro". Fallo del 28/09/2010. Id Infojus: FA10985722.

pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención"[26].

"La doctrina de la Corte ha evolucionado al sostener que los jueces no pueden desentenderse de las consecuencias efectivas de sus decisiones, pues ellas constituyen un índice seguro del acierto de la hermenéutica. Más aún desde el caso Kot en adelante, y cada vez con más fuerza la Corte ha admitido expresamente el método evolutivo de la hermenéutica al considerar que no corresponde mirar exclusivamente el pasado al efectuar la labor interpretativa. La interpretación es un acto y la solvencia en el manejo de textos y conceptos, el sentido de la proporción, la asignación de lo que corresponde a cada uno, es lo que caracteriza a los buenos magistrados"[27].

Proporcionar que las sentencias sean prudentes, razonables, justas, positivas y útiles, que visualicen la norma no como una isla sino engarzada en un contexto jurídico global. Se debe dar respuestas útiles a los problemas que tocan resolver. La sentencia debe tener en cuenta sus consecuencias o resultados (sociales, ambientales, colectivos) en lugar de responder a la protección de apetitos y requerimientos particulares.

Ante la variedad de métodos interpretativas y ante el temor a la figura del fantasma de la discrecionalidad de las decisiones judiciales, considera oportuna y deseable lo sostenido por Sagúes: " Si genuinas circunstancias, como variaciones en el sistema de creencias y valores sociales, o cambios críticos importantes en el escenario económico, político (y agrego social), demandan una respuesta exegética diferente a la clásica, lo correcto es así decirlo en el veredicto y explicar a la comunidad por qué se ha actuado de ese modo. El sinceramiento interpretativo es un buen camino para legitimar las

---

[26] CSJN, "Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica – Recurso de Hecho". Fallo del 25/05/2010. A. 1032. XLII.

[27] LÓPEZ MESA, Marcelo. "Interpretación de la ley. De la exégesis al finalismo y un poco más allá en la doctrina de la CSJ" LL- 1996-A-1116 en *Código comentado Civil, Comercial y Laboral* (Ghersi –Weingarten Directores), Santa Fe, Nova tesis, Noviembre de 2014. Pág. 19-22).

interpretaciones"[28]. En este sentido se perfile la idea de que el derecho es una práctica argumentativa.

## 4. El papel de los principios en el de derecho: un orden público ambiental.

> "El derecho ambiental como rama del derecho reposa sobre una serie de principios jurídicos que encuentran su fundamento en la auto conservación del medio ambiente y que están dotados de autonomía propia. Estos principios jurídicos representan las directivas y orientaciones generales en las que se funda el derecho ambiental, con la característica que no son el resultado de construcciones teóricas sino que nacen a partir de necesidades prácticas, transformándose en pautas rectoras de protección del medio ambiente…"[29].

Son ideas, directrices que sirven de justificación del ordenamiento y como guía racional para todo acto decisorio; brindan pautas o reglas generales de valoración, es decir, aportan un criterio preferente y óptimo de interpretación. Se pretende que los principios sean realizados de la mejor manera posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes.

Estos principios –ambientales- tienen como característica diferenciadora el hecho de estar previsto expresamente en nuestro ordenamiento legal, lo cual le otorga una operatividad y fuerza ejecutoria inexcusable. Como sostiene Dworkin, cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que se

---

[28] SAGÜÉS, Néstor Pedro. ""Interpretación constitucional y alquimia constitucional. En torno al arsenal interpretativo de los tribunales supremos", en Jurisprudencia Argentina, t. 2003-IV.

[29] MALM GREEN, Guillermo, SPENSLEY, James W., "Aproximación a una teoría de los principios del derecho ambiental" LL del 16/9/1994 en *"La incorporación del principio de realidad como norma de derecho positivo ambiental, ¿una deuda de la ley 25675?* Por Gustavo LEALE y Pablo WILK. Revista de Derecho Ambiental N° 35, Buenos Aires, Abeledo PERROT, Julio/Septiembre 2013. P. 51-72.

quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deber tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que lo determine a inclinarse en uno u otro sentido[30].

En la doctrina –y aún más en la teoría general del derecho- se suele decir que todo ordenamiento jurídico incluye dos tipos de normas: *reglas* y *principios* (a veces sin adjetivos, otras veces adjetivados como *generales* o como *fundamentales*. El término principio tiene un evidente componente axiológico, que lleva a considerarlos como fundamentales, es decir, dotados de una importancia especial desde el punto de vista axiológico, ya sea dentro del ordenamiento jurídico en su conjunto, o bien en algún sector o subsistema del mismo. Esto se debe a que incorporan y presuponen ciertos valores, ideas de justicia, elecciones políticas. Son normas fundamentales en el sentido que dan fundamentos, justificación, razones axiológicas a otras normas. Los principios son normas que revisten una especial importancia o se presentan como característicos del ordenamiento, esenciales para su identidad, concreción[31].

Al momento de decidir cuestiones que implican al ambiente, probablemente no haya una única respuesta correcta que se la panacea, ya que se encuentran en conflicto valores importantes en juego y la elección de uno de ellos implica una decisión no del todo satisfactoria. En donde, en función de una razonabilidad, se debe ponderar cuestiones que atañen a intereses estrictamente individuales y cuestiones que afectan a intereses o derechos de eminente contenido social, colectivo.

El orden público ambiental nos exige la necesidad de un diálogo de fuentes, una interpretación armónica y coherente. El orden público ambiental es una categoría jurídica que legitima la potestad-poder deber ordenadora del Estado en materia de conservación, defensa y mejora ambiental. (…) El reconocimiento del mismo tomó una renovada dimensión a través del artículo 41 de la CN, al materializar el objetivo de asegurar un equilibrio armonioso entre el hombre y su ambiente. La ley general del ambiente (Ley 25675) estableció que sus normas son de orden público ambiental y sus disposiciones se utilizarán para la interpretación y aplicación de la

---

[30] DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio.* Ed. Ariel Derecho, 1984.

[31] Conforme GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar.* Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, p. 183-186.

legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidos en ésta (artículo 4 de la ley)[32].

Los principios se invocan a los fines de determinar una decisión en uno u otro sentido, es decir para justificar una interpretación conforme al orden público ambiental, son elementos operativos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que exigen imperativamente su concreción.

Como se esbozo líneas más arriba, no hay una respuesta totalmente satisfactoria ante el evidente e inevitable desacuerdo de derechos que se generan en nuestra sociedad. Ante ello, cuando dos principios entran en conflicto, indefectiblemente la elección de uno de ellos genera la limitación de algún otro derecho. Los principios tienen una dimensión de valor, de importancia, de allí que se sostiene que al momento de decidir se debe acudir a la ponderación.

Siguiendo a Guastini, la ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil, es decir, una relación de valor creada por el juez, otorgando a uno de los principios en juego un mayor peso, relevancia que otro. El principio que es dejado de lado no es en absoluto derogado, sino que sigue vivo en el sistema. De allí que la jerarquía sea móvil, mutable, ya que se establece para el caso concreto. El juez se limita a valorar la justicia de las consecuencias de la aplicación de uno u otro en el caso concreto (no en abstracto, ni generando una jerarquía fija, estable). Sirve este mecanismo para construir una respuesta concreta al caso en particular, escogiendo el principio aplicable[33].

Es un estándar que ha de ser observado porque es una exigencia de la justicia, equidad o alguna dimensión de la moralidad. Tiene una dimensión de peso o importancia. De este modo los principios que inspiran y rigen el derecho ambiental deben tener preeminencia o mayor preso en grado sobre derechos de propiedad, de

---

[32] MORALES LAMBERTI, Alicia. "Ejercicio de facultades jurisdiccionales por el tribunal minero y orden público ambiental: aspectos de inconstitucionalidad e incompatibilidad funcional". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Jornada de reflexión sobre derecho ambiental, 2008. Pág. 105.

[33] GUASTINI, Riccardo. Op.cit, p. 213-218.

índole individual, influyendo en la interpretación en sede judicial sobre el contenido y alcance de los derechos.

Corolario de lo expuesto, el orden jurídico actual debe permearse ante la cuestión ambiental y eso se ve reflejado en su incorporación en el nuevo código civil y comercial, en donde se otorga un lugar de importancia a los derechos de incidencia colectiva, plasmando limitaciones al ejercicio de los derechos individuales[34], los cueles no pueden afectar al medio ambiente. Las condiciones ambientales preexisten y condicionan el ejercicio de los derechos individuales, dado al carácter y dimensión de derecho humano básico que se le ha reconocido y consagrado al medio ambiente en nuestro derecho constitucional. Los derechos individuales deben ser interpretados de modo tal que, coordinadamente, no conspiren contra el deterioro del bien colectivo medio ambiente. El ordenamiento jurídico debe ser interpretado de manera de no enfrentarse con el diseño procesal y sustancial estatuido en la LGA, en procura de no soslayar la esfera social y constitucional del bien jurídico medio ambiente en juego.

> "Por ello, cualquier toma de decisión por parte del Estado debe analizarse desde los enfoques que podríamos llamar "clásicos", enfoque político, social, económico, cultural, los que se encuentran atravesados transversalmente por la variable ambiental. Esta transversalidad, sumada al nuevo sentir ambiental de la sociedad, es la que cambia la forma de adoptar decisiones, las que se materializarán en la nueva realidad jurídica producto de la adopción de la adopción de la

[34] En su artículo 14 y 41 el nuevo Código Civil y Comercial plasma lo esbozado. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

variable ambiental en la toma de decisiones en las diferentes legislaciones"[35].

La protección del medio ambiente no es una involución, tiene metas definidas, y es falsa la aparente pugna con el desarrollo, pues se sustenta hoy el derecho a un desarrollo sostenible en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado como derecho humano básico[36].

Estos principios –ambientales- tienen como característica diferenciadora el hecho de estar previsto expresamente en nuestro ordenamiento legal, lo cual le otorga una operatividad y fuerza ejecutoria inexcusable. Así, en el fallo Salas la Corte Suprema de Justicia interrelaciona el principio precautorio con el principio de sustentabilidad, armonizando la protección ambiental con la búsqueda del desarrollo:

> "El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios. La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino

[35] ALICARDI, María Belén. "Gobernanza ambiental internacional: incorporación de la variable ambiental en la toma de decisiones" en Revista de Derecho Ambiental N° 37, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Enero/Marzo 2014.

[36] GARRIDO CORDOBERTA, Lidia. "La sinergia entre los problemas y los principios del ambiente y del consumo" en *Reparación Integral de Daños* Tomo III, Nova Tesis, agosto 2014, Rosario-Santa Fe. Pág. 463 a 489.

por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras"[37].

## 5. Conclusión

A través del breve análisis realizado se observan avances en torno a la protección el medio ambiente, como lo es en la configuración del acceso a la justicia en lo concerniente a cuestiones ambientales. Pero, ¿la sola innovación puede ser considerada como un avance? La carga de lo "nuevo" de lo "diferente" suele arrastrar una reacción entusiasta en muchos sectores, a la par que suele provocar más de una resistencia[38]. Un fenómeno por lo demás conocido por sociólogos y politólogos, que lo clasifican como de conservadurismo dinámico(...), se trata simplemente de la tendencia inercial del sistema social para resistir al cambio, promoviendo la aceptación del discurso transformador precisamente para garantizar que nada cambie(...)[39].

La pregunta real, de fondo, alude si seremos o no capaces, de corregir las distorsiones inherentemente existentes en los sistemas legales y económicos-sociales contemporáneos y replantearnos la idea y necesidad de límites y correlativas obligaciones que tenemos para con el medio ambiente. Es falsa la aparente pugna con el desarrollo, pues se sustenta hoy el derecho a un desarrollo sostenible en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado como derecho humano básico.

Es imprescindible recuperar la dignidad humana y entender el tramado de relaciones complejas e interdependientes del que formamos parte, es un actuar con prudencia y de responder al imperativo humano y moral de proteger y cuidar nuestro hábitat, que se acrecienta en la medida que percibimos nuestra posibilidad y facilidad de destruir, lo que puede sintetizarse en palabras de Zaffaroni

---

[37] CSJN. Autos "Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/amparo". Juicio Originario S.C., S.1144,L.XLIV, sentencia del 26 de marzo de 2009.

[38] CAMPAÑA, Farith Simon. "Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?" Revista Iuris Dictio, 8 de marzo de 2013.

[39] GUIMARÁES, Roberto, op. cit..

"obra de tal manera que los efectos de tu acción no destruyan la posibilidad futura de la vida"[40].

El derecho al acceso irrestricto de la justicia, como regla en materia ambiental, es el derecho de los derechos, ya que habilita el camino para quienes ven afectados sus derechos poder obtener una respuesta, en donde nos encontramos ante una dimensión colectiva y social del problema. Los jueces deben ser los facilitadores del diálogo colectivo, y sensibles a oír las voces de quienes no son escuchados o vulnerados en el ejercicio de sus derechos, desconocidos muchas veces bajo un discurso conservador elitista que se ocupa de intereses económicos y de "progreso".

Es interesante el planteo que realiza Dworkin:

> "No cabe duda de que, en una democracia el poder está en manos del pueblo. No obstante, es también a todas luces evidente que ninguna democracia brinda una auténtica igualdad de poder político. Muchos ciudadanos están totalmente privados, por un motivo u otro, del derecho a la representación. El poder económico de las grandes empresas confiere un poder político especial a sus directivas (...). Los miembros de las minorías más arraigadas en la comunidad poseen, en tanto individuos, menos poder que los de otros grupos que, en tanto grupos, son poderosos (...). Debemos tomarlos en cuenta cuando juzgamos cuánto poder político pierden los ciudadanos cada vez que una cuestión vinculada con los derechos individuales se retira de los órganos legislativos para pasar a manos de los tribunales. Algunos pierden más que otros solo porque tienen más que perder (...). Pues en una concepción del estado de derecho centrada en los derechos, los ciudadanos poseen derechos de los que carecen en una concepción centrada en las normas. Tienen el derecho de reclamar, en calidad de individuos, un nuevo proceso de

[40] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el Humano*. Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2012, p.75.

decisión judicial sobre sus derechos. Si la justicia reconoce esos derechos, habrá que respetarlos(...)"[41].

La revisión judicial garantiza que las cuestiones más fundamentales de moral política sean por fin planteadas y debatidas como cuestiones de principios y no solo de poder político (...)[42].

En este marco, es que la irrupción de la cuestión ambiental plantea (a mi entender) un nuevo juez, activo, comprometido, no indiferente en una cuestión que trasciende y concierne a todos como humanidad, que al momento de resolver o decidir se base en la realidad local, en las circunstancias que rodean el caso, como condición de eficacia en la aplicación de la normativa y la virtualidad de la decisión, frente a cuestiones de índole ambiental. Todo ello impregnado de un sentido evolutivo, dinámico, no regresivo del derecho, inspirado en el orden público ambiental, cuya concreción más pragmática y operativa se encuentra reflejado en el mandato constitucional y en los principios ambientales.

◘

[41] DWORKIN, Ronald. *Una cuestión de principios.* Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 46-47.

[42] DWORKIN, Ronald, op.cit, p.101.

# NOCIONES ACTUALES DE LA DISYUNTIVA "AUTONOMIA MUNICIPAL" VS. "AUTARQUIA MUNICIPAL"

*Carlos D. Luque* *

## 1. Introducción

Introductoriamente tenemos que significar que el tratamiento de este tercer orden o estadío de gobierno en una federación de estados, o segundo orden de descentralización del poder político[1] de la misma, denominado municipio está teñido incontables veces de las entrañables particularidades locales existentes pero, será menester aquí, tratar de rescatar y resaltar las características más importantes de los mismos.

Así las cosas también buscaremos efectuar, sin ánimo de agotar instancia alguna, la siempre interesante y tratable temática de la autonomía municipal, hoy expresamente declamada en la Constitución Nacional y su evolución hasta que se plasmó en nuestra carta magna.

Otra cuestión que consideramos significativa por más que su desarrollo aquí pueda llegar a no serlo es la de las distintas relaciones del municipio con las provincias que los crean y también con el ente central denominado nación, haremos un breve recorrido sobre este particular.

---

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes, Argentina). Miembro Titular de la Asociacion Argentina de Derecho Constitucional. *Coordinador de la Comisión de Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Autor y Coordinador Del Libro "Derechos Humanos y Constitucion" editado por la Comision de Derechos Humanos de la Asociacion Argentina De Derecho Constitucional (2014).-

[1] CASTORINA DE TARQUINI, María Celia; *La Provincia y el Municipio* en Derecho Público Provincial y Municipal, La Ley, V. I, 2da ed. actualizada, Bs. As., 2007, pág. 269.

Finalmente a trazos gruesos y puramente demostrativos, y también antes de algún tipo de reflexión conclusiva mostraremos la actual situación del régimen municipal de la provincia de Corrientes aquí en la Argentina en el año 2007.

Todo lo dicho sin "perder de vista lo que la realidad municipal argentina nos ofrece y de ella extraemos, esto es, un carácter común a los distintos entes municipales, cual es, el de su diversidad organizativa, debida a las desigualdades naturales que ellos nos presentan"[2].

## 2. El Municipio Argentino

Primeras y breves consideraciones sobre la cuestión que tienen que ver con la naturaleza y aquí podemos ver algunos conceptos fundamentales del mismo así como del estudio de dicha institución, entonces es Zuccherino quien nos dice que "…el municipio es una institución natural que nace de forma espontánea y en función de razones de vecindad, generada esta última en el espíritu gregario del hombre" por lo que el derecho positivo no crea al municipio sino que se limita a reconocerlo, dada su condición previa de existencia[3].

Hernández, a su turno, y luego de formular su conocida sistematización explica al municipio como "…institución, de base sociológica, de carácter natural, basada en las relaciones de vecindad, que requiere de un poder y del derecho, para alcanzar el bien común"[4].

Ahora la cuestión pasa por desentrañar que pasa con la naturaleza de la institución que examinamos pero en aquí en nuestro país, es decir cuál sería la naturaleza, si esta existiese, del municipio argentino con origen constitucional formal en 1853/60.

---

[2] CASTORINA DE TARQUINI, María Celia; ob.cit., pág. 280.

[3] ZUCCHERINO, Ricardo Miguel; *Tratado de Derecho Federal, Estadual y Municipal (argentino y comparado),* Depalma, t. III, 2da. ed., Bs. As., 1992, pág. 11.

[4] HERNÁNDEZ, Antonio María; *Derecho Municipal*, Depalma, v. I, 2da. ed., 1997, pág. 244.

Nos aporta María Gabriela Ábalos[5], quizá la más importante municipalista constitucional contemporánea, una serie de cuestiones para desentrañar la situación, sin perjuicio de manifestar que, en su opinión, “en las últimas décadas del moderno constitucionalismo provincial argentino se ha ido encaminando hacia un claro fortalecimiento del municipio, a través de un gradual reconocimiento de la autonomía municipal, del aumento de sus competencias, de sus recursos, etc.”[6].

Desarrolla entonces la jurista cuyana la cuestión de la referencia constitucional originaria 1853/60 (autonomía o autarquía).

La Constitución Nacional de 1853-60 dedica un solo párrafo para referirse al municipio como institución, en el controvertido art. 5 que no se modificó en la reforma de 1994, en el cual encontramos una escueta referencia al expresar que las constituciones deben: “…asegurar el régimen municipal…” siendo una de las condiciones para que el gobierno federal les garantice el goce y ejercicio de sus instituciones”[7].

Como bien señala Rosatti, la redacción de esta cláusula no ha podido ser más misteriosa, generando un verdadero “vía crucis” municipal: el problema de su naturaleza jurídica, el cual lleva necesariamente al tema de la autonomía y de la autarquía[8].

A la luz de estos términos conceptuales entremos en la más que antigua discusión entre la diferencia que existe entre la autarquía y la autonomía del ente Municipio.

El debate acerca de si los municipios son entes autónomos o autárquicos es casi secular en el derecho argentino. Voces altamente calificadas y por ende con serios fundamentos han sostenido una u otra posición. El debate se ha planteado o ha llegado hasta los estrados

---

[5] ABALOS, María Gabriela; *El Régimen Municipal en el Derecho Público Provincial Argentino* en Derecho Público Provincial y Municipal, La Ley, V. I, 2da ed. actualizada, Bs. As., 2007, pág. 322.

[6] ABALOS, María Gabriela; Idem.

[7] ABALOS, María Gabriela; Idem.

[8] ROSATTI, Horacio; *El federalismo en la reforma* en La Reforma de la Constitución, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 1994 pág. 218.

judiciales e indudablemente creemos que esta, todavía y aun con tanto aparente desarrollo del tema, replanteado con vigor[9].

La autonomía no dudamos en decir que es la facultad que tiene, en este caso, un orden de gobierno de darse sus instituciones y elegir a sus autoridades a los que algunos autores agregan que también supone un poder de legislación de tipo constituyente[10].

Pero definida nocionalmente la autonomía nos encontramos con la autarquía que es un poder de administración delegado que realmente no supone facultades constituyentes o legislativas propias[11].

El ente autárquico tiene atribuciones para administrarse a si mismo, pero de acuerdo con una norma que le es impuesta, pues el ente no tiene poderes para dictar dicha norma o ley, de un lado de la biblioteca suscriben esta descripción Bielsa, Villegas Basavilbaso, Marienhoff, Fiorini, Linares Quintana y Cassagne.

Marienhoff por ejemplo, y citado por García Belsunce, dice que lo que caracteriza al ente autónomo y lo diferencia de uno autárquico no es la extensión de las atribuciones, sino el origen de las mismas y que estas sean propias del ente[12].

Sepamos distinguir que la autonomía es un concepto político y la autarquía es una definición meramente administrativa.

Nuestro derecho público, básicamente antes de la reforma de 1994, nos informa que en un país como el nuestro que adopto como forma de estado una federación los únicos entes autónomos en sus órdenes de gobierno son las denominadas provincias porque tienen un real poder de legislación propio – nos referimos al poder constituyente – reconocido por el artículo 5 de la Constitución Nacional que preceptúa:

---

[9] GARCÍA BELSUNCE, Horacio; *La autonomía de los municipios provinciales en la reforma de 1994,* Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, separata de Anales, Bs. As., pág. 7.

[10] GARCÍA BELSUNCE, Horacio; Idem.

[11] GARCÍA BELSUNCE, Horacio; Idem.

[12] GARCÍA BELSUNCE, Horacio; Ob. cit. pag. 8.

> *“Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.”*

La cuestión siempre central de la preexistencia jurídica de las provincias a la Nación en el deslinde normativo y competencial refiere que las primeras se han reservado un poder de legislación propio y originario, bien llamado poder constituyente provincial, que ejercen al dictar sus cartas constitucionales locales ya sea en su momento originario o para ser modificado.

En cuanto a la doctrina hay realmente una muy destacable y calificada amplitud divida en favor de una u otra descripción de las que se han conceptualizado, a ese particular nos referiremos con más profundidad.

## 3. Autonomía o autarquía municipal antes de la Reforma Constitucional de 1994

Señala García Belsunce que del lado que apoya la autonomía municipal o de los municipios esta Alberdi, quien sostenía la autonomía municipal asignándole el carácter de un verdadero poder político del cual emanaba la soberanía comunal, conceptualización un tanto exagerada, pues está claro que no es posible hallar soberanía dentro del estado soberano (Nación), además del ilustre tucumano contamos en el lado autonomista a Greca, Sánchez Viamonte, Frías, Hernández y Sagües, entre otros[13].

Por su lado Vanossi admite la autonomía de los municipios en tanto la reconozcan las constituciones provinciales explicando que la descentralización que implican las provincias y la existencia de su poder constituyente es un grado previsto es impuesto para las provincias por el poder constituyente nacional, pero no ocurre lo mismo con la descentralización municipal, si bien prevista y exigida por la Constitución Nacional no aparecían en las constituciones

[13] GARCÍA BELSUNCE, Horacio; Idem.

provinciales y puede oscilar de una forma muy elemental de autarquía hasta la particular "autonomía municipal" de que hablan algunas constituciones recientes[14].

Tal se muestra la realidad de la cuestión de la "autonomía municipal" en nuestro presente.

Sostiene Vanossi que la situación podría variar en el futuro, si en virtud de una reforma constitucional resultara que en la ordenación suprema se estableciera con respecto a los municipios un "status" semejante al previsto para las provincias, considerando a ambas unidades como grados o etapas del proceso de descentralización del Estado, en diversos niveles de una división territorial del poder estatal[15].

Es Bidart Campos, finalmente, quien quizás más defiende y argumenta a favor de la autonomía municipal, dice este autor que la institución municipal o comunal es el gobierno político de un territorio o ciudad elevado a la categoría de entidad de derecho público con potestad para regular por si mismo las cuestiones propias de la competencia local[16].(16)

Sostiene Bidart Campos que el municipalismo pregona la necesidad de la autonomía comunal como competencia privativa de las comunas para elegir sus autoridades y darse para sí mismas la carta política o administrativa; considera además que la Constitución de 1853 incluye entre las condiciones fijadas a las provincias para gozar de la garantía federal, la de asegurar el régimen municipal y ello significa que nuestra carta magna incorpora a al orden constitucional argentino la realidad municipal bajo forma de régimen municipal y ello significa ordenamiento político del gobierno local con independencia y autonomía dentro de los estados federados[17].

Concluye el ex–decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina su relato pro-autonómico diciendo que el municipio no nace como un desglose de competencias provinciales para fines meramente administrativos, mediante creación

---

[14] VANOSSI, Jorge R.; *Teoría Constitucional, Depalma, Bs. As., 2000, tomo I, pág. 478.*

[15] VANOSSI, Jorge R.; Idem.

[16] BIDART CAMPOS, Germán J.; ED – 133-532 – 1989.

[17] BIDART CAMPOS, Germán J.; Idem.

y delegación de las provincias, sino como poder político por inmediata operatividad de la constitución federal; las provincias no podrían dejar de organizar su régimen municipal a tenor de ese principio, sin colocarse en situación de incompatibilidad con aquella[18].

La tesis de la “autarquía municipal” como veremos, también es favorecida por un grupo muy prestigiosos de juristas, comenzando, por ejemplo, por Joaquín V. González que dice que: la Constitución hizo obligatorio para las provincias, como condición de su garantía y protección, el establecimiento de su régimen municipal, que ellas buscarían es sus antecedentes sociales en cuanto se armonizasen con los derechos de su soberanía política[19].

Solo se habla de su régimen municipal, es decir para este autor, que lo considera según es su naturaleza histórica y jurídica, una institución propiamente y exclusivamente local; esto es, que deriva su existencia, forma y poderes de la soberanía constituyente legislativa de cada provincia[20].

Bielsa por su parte sostiene que la falta de atribución expresa respecto de los municipios para darse sus cartas orgánicas y la sumisión a un contralor jurisdiccional niegan el derecho a la pretendida autonomía, además agrega que el régimen municipal según el artículo 5 de la Constitución Nacional es local en el sentido de que las legislaturas lo determinan y limitan, pues el término “local” en el lenguaje jurisprudencial es sinónimo de provincial y no de municipal[21].

Villegas Basavilbaso sostiene que la organización autónoma de las comunas, de conformidad con el significado jurídico de autonomía, exigía ineludiblemente que las constituciones provinciales instituyeran el poder municipal, esto es, acordaran a los municipios su poder constituyente, el cual naturalmente seria condicionado, así como las

---

[18] BIDART CAMPOS, Germán J.; Idem.

[19] GONZÁLEZ, Joaquín V.; *Manual de la Constitución Argentina,* La Ley, edición actualizada por Humberto Quiroga Lavié, Bs. As., 2001, pág. 684.

[20] GONZÁLEZ, Joaquín V.; ob.cit., pág. 684.

[21] BIELSA, Rafael; *Principios de Régimen Municipal,* Abeledo - Perrot, Bs. As., 3° edición, 1962, pág. 33.

constituciones provinciales se hallan condicionadas a la Constitución Nacional[22].

Y concluye que la organización de las comunas de provincias es autárquica, esto es, los municipios no son entes políticos sino esencialmente administrativos, por cuanto el régimen integral de los mismos es siempre delegado y tiene su origen en las respectivas constituciones y leyes provinciales[23].

Según Linares Quintana los municipios son entidades administrativas autárquicas y delegaciones de los poderes provinciales en virtud de la falta de atribución de las municipalidades para darse sus cartas orgánicas así como la sumisión a un control jurisdiccional[24].

Cassagne considera que desde la perspectiva del derecho administrativo se ha sostenido (sin desconocer su raíz política) que las atribuciones de los municipios son meramente administrativas, ya que el artículo 5° de la Constitución Nacional no asegura la autonomía municipal sino su régimen, siendo correcta la afirmación de la Corte en cuanto estatuye que son delegaciones de los poderes provinciales que resultan incompatibles con la idea de autonomía que por definición es darse su propia ley[25].

Como estamos relatando la nota esencial entre los defensores de la autarquía hace pie y se fortalece principalmente en que los poderes de un municipio se desprenden de las respectivas normativa municipal que dicta la provincia, constitucional o legal, y además en que los municipios no tienen un real poder político sino uno meramente administrativo.

Marienhoff, sin embargo, concluye por lo menos en este punto bajo relato que aunque las constituciones califiquen de autónomos a los municipios y aunque las constituciones dispongan que sean los municipios los que dicten sus propias cartas orgánicas, el poder municipal puesto en ejercicio al dictar esa carta orgánica no es un

---

[22] VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín; *Derecho Administrativo,* TEA, T-II, Bs. As., 1950, pág. 405.

[23] Idem.

[24] LINARES QUINTANA, Segundo; *Gobierno y Administración en la República Argentina,* T-2, 1946, pág. 46-

[25] CASSAGNE, Juan Carlos; *Derecho Administrativo,* Abeledo - Perrot, T-I, Bs. As., 1993, pág. 401.

poder originario o propio sino un poder delegado que proviene de una adjudicación de competencia o de una imputación de funciones efectuada por un órgano superior[26].

Además, agrega Marienhoff, mediante una reforma constitucional, la respectiva provincia puede suprimir, modificar o restringir la competencia funcional atribuida habitualmente a las municipalidades, actitud inadmisible si se tratara efectivamente de entidades autónomas[27].

Por otra parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene un pacífico relato sobre la negación de la autonomía a un municipio desde el años 1911 en el caso Municipalidad de la Plata c/Ferrocarril Sud donde sostiene “las municipalidades no son más que delegaciones que los poderes provinciales, circunscriptas a fines y limites administrativos que la Constitución ha previsto como entidades del régimen provincial”[28].

Esta jurisprudencia fue mantenida de manera reconocida por el alto tribunal en cuanto a su actuación hasta 1986 donde se reitera dicha doctrina judicial en el caso “Ambros Palmegiani S.A.”[29].

Llegado el año 1989 en la renombrada causa “Rivademar” la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un giro absoluto de su jurisprudencia antes señalada, ha dicho: “las municipalidades son autónomas con independencia de que las constituciones locales les reconozcan o no el carácter de tales”[30].

Los argumentos principales (estemos o no de acuerdo) del fallo aludido son los siguientes[31]:

a) Las municipalidades son autónomas por su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas.

---

[26] MARIENHOFF, Miguel S.; *La Supuesta Autonomia Municipal,* La Ley, Bs. As., 1990-B-1002.

[27] Idem.

[28] Fallos CSJN; 112-282.

[29] ED – 120-257.

[30] Fallos CSJN; 312-326.

[31] Idem.

b) Porque la base sociológica dada por la población en los municipios no existe en las entidades autárquicas.

c) Que los municipios no pueden ser suprimidos y prueba de ello es que son autónomos.

d) El carácter de legislación local de los ordenamientos municipales da razón de su carácter autonómico frente a las meras resoluciones administrativas de los entes autárquicos.

e) Que una entidad autárquica no puede crear otra entidad autárquica y que si, en cambio, lo pueden hacer las entidades autónomas.

f) Los municipios son autónomos porque eligen sus propias autoridades.

Lo largamente citado entre jurisprudencia y doctrina podrían ser suficientes para fundamentar la opinión de que antes de la reforma constitucional de 1994 los municipios fueron siempre meros entes autárquicos, porque más allá de lo previsto en las constituciones provinciales en cuanto a su carácter autonómico y a la posibilidad que tienen de dictar sus cartas orgánicas, estas facultades no son propias sino poderes que vienen de una delegación que les concede la provincia[32], lo cual también es -cuanto menos- discutible.

## 4. La reforma constitucional argentina de 1994

Calificada doctrina esboza que la situación relatada en el último párrafo del punto anterior es estrictamente corregida con la reforma constitucional de 1994[33].

Dice el art. 123 de la C.N.

---

[32] GARCÍA BELSUNCE, Horacio; Ob. cit. pág. 12.

[33] ABALOS, María Gabriela; ob. cit., pág. 326.

> "*Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero*".

Así las cosas a fin de cumplir con la manda del ya transcripto artículo 5 de la Constitución Nacional, las mencionadas constituciones provinciales deberán asegurar no solamente la administración de justicia, la educación primaria y el régimen municipal sino que además este deberá poseer autonomía en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero, con la salvedad de que le corresponderá a cada carta local reglar sus alcances y contenidos[34].

Se advierte que la Constitución Nacional solamente consigna la autonomía y enumera sus ámbitos característicos, pero no la define y delega dicha facultad de delinearla a cada provincia.

Siguiendo el movimiento que norma autonomías municipales en las constituciones provinciales sancionadas desde 1957 en adelante, movimiento que reconoció e institucionalizó la autonomía de los municipios dando a estos el poder constituyente municipal, la reforma de 1994 hace un expreso reconocimiento de la autonomía municipal pero no lo hace de manera mezquina pero tampoco exagerada.

En este punto es la doctrina[35] la que precisa el sentido de cada uno de estos órdenes enumerados por el constituyente reformador de 1994 de la siguiente manera:

- Institucional: supone la facultad de dictarse su propia carta fundamental mediante una convención convocada al efecto.
- Político: elegir a sus autoridades y regirse por ellas.
- Administrativo: la gestión y organización de los intereses locales, servicios, obras, etc.

---

[34] ABALOS, María Gabriela, Idem.

[35] ABALOS, María Gabriela; Idem.

- Económico-Financiero: organizar su sistema rentístico, administrar su presupuesto, recursos propios, e inversión de ellos sin contralor de otro poder.

Que se dijo, al respecto de lo transcripto y su alcance, en el seno de la Convención Nacional Constituyente:

> "...El artículo 106 que se proyecta es de excepcional importancia, porque se establece la obligación de las provincias de asegurar la autonomía municipal. Y se utiliza el término asegurar, porque se hace mención de algo que ya existe, teniéndose presente el concepto de municipio como institución natural y necesaria, basada en relaciones de vecindad, con un sustractum político incuestionable y con fines de bien común hacia la sociedad local. Tiene la naturaleza del Estado, y es la base de la descentralización política. Se reafirma la trilogía institucional de gobierno federal, provincias y municipios.
>
> Se respeta la autonomía de las provincias y se dice que ellas tienen que reglar su alcance y contenido, porque la variedad y la simetría constituyen la base de todo buen régimen municipal. Naturalmente que se hace referencia a los órdenes institucional, político, económico, financiero y administrativo, lo cual significa reconocer todos los grados de la autonomía —la autonomía plena— que tendrán algunos municipios —según lo indiquen las constituciones provinciales— y la autonomía semiplena o relativa que tendrán otros.
>
> Al afirmar el federalismo argentino, al afirmar las autonomías municipales, estamos creando técnicas de vida social que parten del principio de que vamos a tener más eficacia para el gobierno y mayores espacios de libertad y de participación.
>
> Partimos de la base de que demócrata no se nace, sino que se hace, con la educación y con la participación. En el fortalecimiento del municipio como escuela de participación ciudadana, estamos sentando las bases de una verdadera escuela social de la democracia. El federalismo tiene base municipal y el futuro de la democracia argentina está

indisolublemente ligado a municipios autónomos y vigorosos, que sean los primeros teatros donde el hombre ejercite sus derechos, como decía Joaquín V. González.

En realidad, al afirmar el federalismo y confirmar las autonomías municipales en la norma constitucional, estamos utilizando una técnica social para la libertad, para la justicia, para la eficacia gubernativa y para profundizar la democracia de los argentinos para el futuro por venir"[36].

Cabe destacar que los convencionales en su mayoría, más allá de reconocerle a esta cláusula mayores o menores virtudes han interpretado de manera medianamente uniforme que serán las provincias quienes, atendiendo a sus especificas realidades, encuadrarán a las comunidades locales dentro de los parámetro de autonomía señalados[37].

Cabe resaltar, por último, que la inclusión constitucional de la autonomía de la municipal es un paso positivo, según nuestra opinión, que implica una respuesta acorde con las exigencias doctrinarias, jurisprudenciales y del constitucionalismo provincial que han calado hondo en la verdadera naturaleza institucional del municipio[38].

## 5. A modo de breve y parcial anexo pre-conclusivo: la parte "política" del régimen municipal correntino después de la reforma a la constitución provincial de 2007

Sera habitual en este segmento del régimen municipal a comentar y que ubicamos como una especie de anexo a lo anteriormente desarrollado citar a la obra de Mario Midón[39] sobre la

---

[36] HERNANDEZ, Antonio María, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*; 24 Reunión; 4/08/94; pág. 3185.

[37] NATALE, Alberto, *Comentarios sobre la reforma de la Constitución. La reforma de 1994,* Depalma, Bs. As., 1995, pág. 174.

[38] ABALOS, María Gabriela; ob. cit., pág. 330.

[39] MIDÓN, Mario A. R.; *La Nueva Constitución de Corrientes,* MAVE editor, Corrientes, 2008.

nueva constitución correntina de 2007 y particularmente la parte atinente al régimen municipal que se ubica como título tercero de dicha norma fundamental de la Provincia de Corrientes con el nombre de "Gobierno Municipal", dentro de este narraremos sus disposiciones que consideramos más interesantes.

Es dable reparar, dice Midón, que el poder pre-constituyente provincial incluyo como objeto de innovación todo cuanto atañe al régimen municipal, aquí reparamos en que no lo vamos a revisar completo porque no alcanzarían las formas y porque creemos que decir lo más importante de la cuestión es lo interesante a desarrollar[40].

La regulación a tratar comprende ocho capítulos, de modo que luce en extremo minuciosa tanto que en algún momento un constituyente la nomino como una constitución dentro de la constitución.

En cuanto a la Autonomía, para la constitución provincial:

> "Todo centro de población con asentamiento estable de más de mil (1.000) habitantes constituye un municipio.
>
> La Legislatura puede crear un nuevo municipio cuando el centro poblacional supere los mil (1.000) habitantes conforme al último censo nacional. La misma ley establece la delimitación territorial del municipio a crearse y los recursos que le correspondan.
>
> Los centros de población que no reúnan los requisitos para ser municipio son organizados conforme a las disposiciones de la Carta Orgánica del municipio cabecera de la jurisdicción territorial en la que se hallen incluidos, pudiendo elegirse un delegado o una comisión con representación popular." (art. 217)

El enunciado revela que la noción de municipio adoptada es la de la comuna llamada "departamental" porque ella comprende no solo el área urbana sino también la rural.

A su vez la constitución correntina expresa:

---

[40] MIDÓN, Mario A. R.; ob. cit., pág. 291.

> “Esta Constitución reconoce la existencia del municipio como una comunidad de derecho natural y sociopolítica, fundada en relaciones estables de vecindad y como una entidad autónoma en lo político, administrativo, económico, financiero e institucional. Su gobierno es ejercido con independencia de todo otro poder, de conformidad con las prescripciones de esta Constitución y de las Cartas Orgánicas Municipales o de la Ley Orgánica de Municipalidades, en su caso.
>
> Ninguna autoridad puede vulnerar la autonomía municipal consagrada en esta Constitución y en caso de normativa contradictoria prevalece la legislación del municipio en materia específicamente local.” (art. 216)

La norma transcripta está en un todo de acuerdo con la autonomía que se proclamó en 1993 en la provincia y que expresa el art. 123 de la C.N. de 1994 en los siguientes niveles que ya han sido desarrollados de manera suficiente: institucional, político, administrativo y económico-financiero.

El reformador correntino puso fin a las categorías de municipios, primera, segunda y tercera, a partir de ahora todos revisten el mismo significado institucional:

> “Los municipios tienen el derecho de establecer su propio orden normativo mediante el dictado de Cartas Orgánicas sancionadas por una Convención Municipal, que deben asegurar los principios del régimen democrático, representativo y participativo, y demás requisitos que establece esta Constitución.
>
> Mientras los municipios no dicten sus Cartas Orgánicas se rigen por la Ley Orgánica de Municipalidades.”(art. 219)

La norma que se prescribe adopta un real sentido de autodeterminación de los entes municipales.

En cuanto a los Órganos de Gobierno prescribe la constitución:

> "El gobierno municipal es ejercido por un Departamento Ejecutivo y un Departamento Legislativo.
>
> El Departamento Ejecutivo está a cargo de una persona con el título de Intendente, elegido por el cuerpo electoral del municipio en distrito único y en forma directa a simple pluralidad de sufragios. De igual forma se elige en fórmula un Viceintendente. Ambos duran cuatro (4) años en su cargo, pudiendo ser reelectos por un solo mandato consecutivo. Pueden ser removidos por juicio político o revocatoria popular.
>
> En caso de empate en el comicio se convoca a nuevas elecciones dentro del plazo de diez (10) días de concluido el escrutinio, entre las fórmulas que hayan empatado, debiendo el acto eleccionario realizarse dentro de los treinta (30) días posteriores al escrutinio.
>
> El Viceintendente reemplaza al Intendente por el resto del período constitucional en caso de muerte, renuncia, destitución o impedimento definitivo, y hasta que cesen las causas en caso de ausencia, suspensión u otro impedimento temporal o provisorio.De la misma manera, si el impedimento temporal o definitivo lo fuere del Intendente y del Viceintendente a un mismo tiempo, el Departamento Ejecutivo es ejercido por quien presida el Concejo Deliberante, quien para el caso de acefalía absoluta y definitiva convoca dentro de los tres (3) días a elecciones para completar el período correspondiente siempre que de éste falte cuanto menos un (1) año, debiendo el acto eleccionario realizarse dentro de los noventa (90) días posteriores a la convocatoria.
>
> El Departamento Legislativo es desempeñado por un órgano colegiado denominado Concejo Deliberante. La Presidencia del Concejo Deliberante es ejercida por el Viceintendente, que sólo vota en caso de empate, o por un Concejal electo de su seno, conforme determine la Carta Orgánica."

Se mantiene aquí la pacifica tradición de dotar al gobierno municipal estructuralmente con un departamento ejecutivo y un

departamento legislativo, respetando estos cánones no se disolvió la figura del vice-intendente[41] instituto introducido en la anterior reforma provincial de 1993.

El articulo a transcribir es uno de los que más polémicas a traído al seno de la convención que lo introdujo en la constitución provincial:

> “Los miembros del Concejo Deliberante se eligen por el sistema de representación proporcional, con participación de las minorías. Duran cuatro (4) años en el ejercicio de sus cargos, pueden ser reelegidos por un solo período consecutivo. La composición de los cuerpos se renueva por mitades cada dos (2) años, en la oportunidad y forma que determina la ley.
>
> Cuando se elija la totalidad de los Concejales en un municipio, debe sortearse la duración de sus mandatos dentro de los sesenta (60) días de constituido el Concejo Deliberante, respetándose las proporciones de la representación emanadas de la elección.”(art.221)

Dice Midón que esta cláusula que estatuye como sistema electoral para distribuir las bancas del departamento legislativo o deliberativo al “proporcional, con participación de las minorías” anticipa claros problemas[42].

Refiere el profesor del nordeste que en el universo de los diversos sistemas electorales no se conoce el mentado sistema sancionado por la convención correntina[43].

Y abunda el profesor correntino, en efecto el sistema proporcional en cualquiera de sus tipos se propone que la representación que obtenga cada expresión que compite en el comicio sea un reflejo del quantum de votos que allegue, de modo que el número de exponentes que consagre cada asociación sea el espejo de su caudal político; consagrar el sistema proporcional entonces es sano,

---

[41] MIDÓN, Mario A. R.; ob. cit, pág. 296.

[42] MIDÓN, Mario A. R.; ob. cit, pág 297.

[43] MIDÓN, Mario A. R.; ob. cit, pág 298.

pero adicionarle que debe atender a la representación de las minorías es un llamado a la confusión que en algún momento deberá ser resuelto por la justicia ya que ni la teoría ni la práctica política tienen respuesta para tal enunciado tal como está[44].

Esta parte "política" sobre la que decidimos comentar las normas del régimen municipal correntino se completa con los Requisitos de Cuerpo Electoral, las Inmunidades, y la Destitución de Autoridades, a saber:

> Son requisitos para ser Intendente, Viceintendente y Concejal: ser argentino nativo o naturalizado con cinco (5) años de ejercicio de la ciudadanía, mayor de edad y formar parte del cuerpo electoral del municipio en los últimos cinco (5) años.-
>
> En ningún caso pueden constituirse los Concejos Deliberantes con más de una tercera (1/3) parte de extranjeros.
>
> Para el Intendente, Viceintendente y Concejales rigen las mismas incompatibilidades que para los Diputados y Senadores.(art. 222)
>
> El cuerpo electoral de los municipios está compuesto por los electores inscriptos en los registros cívicos que corresponden a su jurisdicción y por los extranjeros, de ambos sexos, mayores de 18 años, con dos años de residencia inmediata en el mismo, que sepan leer y escribir en idioma nacional y se hallen inscriptos en un registro especial organizado por el municipio.(art. 223)
>
> El Intendente, Viceintendente y Concejales gozan de inmunidad por las opiniones vertidas en el ejercicio de su función. Son responsables civilmente por los daños que causaren sus actos u omisiones en su mandato. Se hallan sujetos a destitución por inhabilidad física o mental sobreviniente, mal desempeño o conducta indebida en el ejercicio de sus funciones. La destitución debe pronunciarse, previo juicio político, con los dos tercios (2/3) de votos del total de los miembros del Concejo Deliberante. La sentencia de destitución, para ser efectiva, debe ser aprobada por el cuerpo

[44] Idem.

> electoral del municipio en consulta popular vinculante y obligatoria, convocada al efecto por el Concejo Deliberante y realizada en un plazo no mayor a los treinta (30) días.
>
> En los casos de procesos penales que involucren a los funcionarios comprendidos en el presente artículo, confirmado el procesamiento en segunda instancia por delitos relacionados con la función pública, se produce la suspensión inmediata en ejercicio del cargo y la separación definitiva en caso de condena firme.(art. 224)

En cuanto a los requisitos del art. 222 de la constitución provincial correntina transcripto vemos claramente como al constituyente se le paso absolutamente incluir al argentino por opción, la norma únicamente refiere a los argentinos nativos o naturalizados.

Expresa Midón que se trata de un yerro ajeno a los motivos que inspiraron la disposición, razón por la cual esa categoría de nacionales que a primera vista parece excluida de ocupar esas funciones, no lo es con arreglo a una razonable hermenéutica finalista sustentada en el propósito de la norma[45].

En materia de garantías reconocidas al intendente, vice y concejales, la Constitución los asiste, únicamente de la inmunidad de opinión, prerrogativa a la que se ha calificado de “garantía de garantía” del funcionamiento de los cuerpos representativos[46].

Naturalmente para que pueda invocarse su tutela, menester es que – como lo aconseja la mejor doctrina y lo establece el propio art. 224 transcripto – se trate de manifestaciones vertidas en el ejercicio de sus funciones[47].

También es necesario destacar que habiendo la constitución precisado que tipo de inmunidad alcanza a esos funcionarios, ni las

---

[45] MIDÓN, Mario A. R.; ob. cit, pág. 299.

[46] MIDÓN, Mario A. R.; *Prerrogativas del Congreso,* LexisNexis, Bs. As., 2007, pág. 1997.

[47] MIDÓN, Mario A. R.; *La Nueva Constitución de Corrientes,* MAVE editor, Corrientes, 2008, pág. 300.

cartas orgánicas ni la ley posterior pueden ampliar o reducir el espectro constitucional definido en la materia[48].

Por otra parte el también aquí copiado art. 224 referido a la destitución de los funcionarios municipales exhibe una serie de infortunios, si bien no incluye como causal de juicio político a los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, una interpretación finalista podría recurrir a como hecho habilitante a esos ilícitos, tomando la frase "conducta indebida en el ejercicio de sus funciones" como equivalente a entuerto penal[49].

En rigor de verdad ni siquiera haciendo un muy generoso esfuerzo exegético argumental es posible incorporar como conducta que autoriza al juicio político del intendente, vice-intendente y concejales la comisión de delitos comunes; todo esto por la sencilla razón de que la letra de la Constitución, reflejando la equivocada, muy, voluntad del constituyente, no abarcó esos hechos como episodios que generen responsabilidad política[50].

Tremenda ligereza se presta a que la función pública municipal pueda verse seriamente devaluada en los casos de un intendente, vice-intendente o concejal que, amparado en la generosidad de la disposición, continúe desempeñando el cargo – porque el ordenamiento jurídico lo autoriza –luego de ser condenado por la comisión de un delito común que en nada hace mella a su investidura[51].

A continuación el yerro se ratifica y multiplica en la norma; en el último párrafo del art. Constitucional sub-examinese reitera que solamente la confirmación del procesamiento por delitos relacionados con la función pública es impedimento para el desempeño del cargo[52].

Lo dicho es insalvable porque confirma que lo único que como comportamiento delictivo es susceptible de motivar el juicio político a estos funcionarios son los ilícitos en ejercicio de la función pública; siendo el régimen municipal parte de un estado de derecho, ese

---

[48] Idem.

[49] MIDÓN, Mario A. R.; ob. cit., 301.

[50] Idem.

[51] Idem.

[52] Idem.

cometido populista que se ha introducido degrada el juicio político porque auspicia que el veredicto definitivo sobre la culpabilidad del acusado marche con la fortaleza o debilidad político electoral del enjuiciado, no con los hechos que lo motivaron y aquellos que fueron probados en la causa[53].

## 6. Opiniones conclusivas

Llegados a este punto es que nos interesaría dejar algunas reflexiones finales sobre lo expuesto brevemente en estos puntos de opinión con ribetes doctrinarios.

En cuanto al Municipio y su grado real de descentralización podríamos acordar que existen algunos municipios que responden a una descentralización política (autogobierno e institucionalización) y hay otros que prefieren ser, está ampliamente demostrado, una sucursal administrativa con competencias delegadas por un órgano de status superior.

En lo que a la Autonomía Municipal respecta aquí no se ha hecho más que derramar una solitaria gota en un océano cuasi universal de opiniones de todo tipo, si podemos resaltar con autoridad que dicha característica autonomista está consagrada expresamente en la Constitución Nacional, lo cual es un grandísimo avance, aunque dicho avance todavía no haya tocado la puerta de los operadores políticos de las realidades locales de nuestro país.

Finalmente la mención sucinta a un tramo de lo introducido en la reforma correntina de 2007 para mostrar que en ese tipo de cuestiones, la sanción o la reforma de una Constitución, son imprescindibles amplios consensos que no impongan caprichosos proyectos sino verdaderos planes con una visión futurista y superadora de lo que actualmente podemos tener, en Corrientes en 2007 sobre un total de 39 (treinta y nueve) convencionales, 20 (veinte) se dieron cita para aprobar dicho “nuevo régimen” y dice el anecdotario popular que la convencional que dio el quorum, esto la vigésima, entro al recinto porque nadie hizo caso a sus pedidos de un

[53] MIDÓN, Mario A. R.; ob. cit, pág. 302.

lugar en la lista de candidatos a legisladores provinciales que se llevaría a cabo a fines de aquel año, toda una demostración de que después de tanta doctrina simplemente volvimos a fojas cero.

# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO HERRAMIENTA PARA LA ELIMINACIÓN DE ESTEREOTIPOS SOCIO-CULTURALES DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

*Agustina Pérez* [*]

## 1. Introducción

El presente artículo busca hacer un recorrido en torno a la doctrina que dio origen al llamado control de convencionalidad con el objetivo de, por un lado, analizar cómo éste fue receptado por el Estado argentino y, por el otro, cómo dicho control es funcional a la lucha contra la eliminación de estereotipos socio-culturales de violencia contra la mujer, en especial, en la esfera judicial y en aquellos Estados que han ratificado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

Para ello, y con el fin de desenmascarar la realidad que aqueja a las mujeres y demás sujetos subalternos, analizaremos también rol del pensamiento dicotómico sobre la sexualidad, qué relación tiene con la normatividad y cómo obstaculiza el acceso a los derechos en relación al género.

Dicha reflexión coadyuvará al entendimiento más acabado acerca de la importancia de arbitrar lo medios necesarios para lograr la (verdadera) eliminación de estereotipos socio-culturales de violencia contra la mujer, tan instalada en el cotidiano, a fin de que las mujeres –más de la mitad de la población- puedan ejercer y gozar plenamente de los derechos que le pertenecen a todas las personas por el mero hecho de ser tales.

[*] Abogada UBA. Orientación en Derecho Internacional Público. Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA). Consultora en UNICEF Argentina, Área de protección de derechos.

Por último, y asumiendo la hipótesis como correcta, proponemos cinco razones por las cuales el control de convencionalidad es efectivamente es una herramienta para la eliminación de estereotipos socio-culturales de violencia contra la mujer,

## 2. Sobre qué es, cómo surge y cómo fue receptada por el Estado argentino la doctrina del control de convencionalidad

Ante todo la doctrina del control de convencionalidad ha de entenderse teniendo en cuenta dos variables: una regional-internacional y otra local o doméstica. Es decir, por un lado tenemos el clásico control de convencionalidad que realizan los órganos del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), ya sea a través de la Comisión o la Corte IDH y por el otro, el control de convencionalidad que se espera que realicen los poderes judiciales domésticos en pos de "concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia"[1].

El primero es el control clásico que emana de la función propia de la Corte IDH (y de todos los órganos de tratados), jurisdicción en la que los jueces analizan el caso a la luz de la CADH –o de los tratados concordantes según cada órgano- pues es éste el instrumento que dota de legitimidad su accionar, independientemente de la utilización de otros en virtud del *corpus juris normativo* y la interpretación dinámica de los derechos humanos. Esto significa, en palabras de la Corte IDH, que "al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (…), sino también el sistema dentro del cual se inscribe"[2], o lo que es lo mismo,

---

[1] NASH, Claudio; "Breve introducción al control de convencionalidad" en Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 7, Control de Convencionalidad*, 2015.

[2] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, sobre "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", párr. 113.

"el corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)"[3]. Más aún, ha de entenderse que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales"[4] y por todo ello, el control de convencionalidad debe realizarse primeramente en base al documento que dota de legitimidad al órgano (en este caso la CADH), pero en concordancia con otros tratados de derechos humanos en virtud del principio pro homine.

Es por ello que Hitters sostiene que, a pesar de la Corte IDH no haya nombrado antes a dicho control, era lo que efectivamente hacía: determinar si la norma interna estaba de acuerdo o violaba la CADH[5].

El segundo caso, en cambio, es aquel que, construido por la Corte IDH, espera de sus pares locales un comportamiento similar al propio.

Entendido de esta manera, el control de convencionalidad es una creación atribuible al sistema interamericano en general y al juez Sergio García Ramirez en particular. Dicho magistrado incorpora por primera vez esta figura en el caso Mack Chang vs. Guatemala en su voto concurrente razonado, en el que establece que el Estado responde internacionalmente por todos sus órganos y dependencias y que no es posible dejar por fuera del "control de convencionalidad" a ninguno de ellos. En concreto el juez sostuvo que:

> "Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es

---

[3] Corte IDH, OC-16/99 op. cit. párr. 115.

[4] Ídem párr. 114.

[5] HITTERS, Juan Carlos; "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", en La Ley D 12/05/09, Buenos Aires.

> posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional"[6].

Tres años más tarde la Corte IDH en pleno adhiere a esta doctrina en el caso Almonacid Arellano vs. Chile con el compromiso de lograr la plena efectividad de los derechos humanos en la región determinando que:

> "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes *contrarias a su objeto y fin*, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una *especie* de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que

[6] Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 27.

> del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"[7].

No conforme con ello, la Corte IDH enfatizó que, en cualquier caso y según el derecho internacional las obligaciones éstas "'deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno'. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969"[8].

Meses más tarde, en Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú la Corte IDH además del objeto y fin se refirió a las "disposiciones" de la Convención y eliminó la palabra "especie" para sentenciar que el Poder Judicial *debe* ex officio, sin necesidad de que las partes lo soliciten, realizar el control de convencionalidad.

> "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas

---

[7] Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, Párr. 124, el destacado me pertenece.

[8] Ídem párr. 125, donde la Corte IDH también cita lo que ya tenía dicho en la Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35, sobre Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos).

> competencias y de las regulaciones procesales correspondientes"[9].

Sin embargo, aclaró que:

> "Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones"[10].

Esta concepción fue evolucionando al interior de la Corte y ésta, retomando el razonamiento de Sergio García Ramirez en Mack Chang, estableció en los casosa Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México[11], Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina[12], Gelman vs. Uruguay la Corte IDH[13] y Furlán vs. Argentina[14], entre otros, que el control de convencionalidad es función de cualquier autoridad pública, de todos los órganos que componen el Estado en todos sus niveles, no sólo del Poder Judicial. Y no solo ello, sino también que dicho control deberá hacerse de acuerdo a la interpretación que la propia Corte IDH ha hecho de los derechos contenidos en la CADH:

---

[9] Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, Párr. 128.

[10] Ídem.

[11] Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225.

[12] Corte IDH. Caso Fontevecchia y D`Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 93.

[13] Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, Párr. 193.

[14] Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, Párr. 303.

> "[C]uando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, *todos sus órganos*, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia *en todos los niveles* están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta *no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana*, intérprete última de la Convención Americana"[15].

Por su parte el caso Gelman viene a reforzar y ampliar lo anterior estableciendo que el control de convencionalidad "es función y tarea de *cualquier autoridad pública* y no sólo del Poder Judicial"[16].

En este sentido, no ha de olvidarse que ya desde 1999 la Corte IDH viene diciendo, y el control de convencionalidad no es ajeno a ello, que:

> "Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que *todo Estado* es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de *cualesquiera de sus poderes u órganos* en violación de los derechos internacionalmente consagrados. El artículo 1.1 de la

---

[15] Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores op. cit. párr. 225. El destacado me pertenece.

[16] Op. cit. párr. 239.

> Convención Americana es de importancia fundamental en ese sentido"[17].

Luego del camino iniciado con Almonacid la Corte IDH ha aplicado esta doctrina en numerosas ocasiones[18]. Sin embargo, el énfasis dado en estos últimos casos puso de relieve la importancia de uno de los pilares fundamentales de la Carta Democrática Interamericana. Así, no solo reafirma el "compromiso colectivo de

---

[17] Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 220.

[18] Por mencionar algunas ver Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173; Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 79; Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180; Corte IDH. *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339; Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia.* Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 208, nota 307; Corte IDH. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 234; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 219; Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202; Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218; Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 106; Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México,* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225; Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 193; Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 228; Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, párr. 303; Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253, párr. 330; Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 124; entre otros.

mantener y fortalecer la democracia en América"[19] sino que deja en claro que la promoción y protección de los derechos humanos es esencial para la consecución de este tipo de gobierno y viceversa, y es por ello que en instancias democráticas también debe primar un control de convencionalidad ya que, en definitiva, los derechos humanos constituyen un límite a lo susceptible de ser decidido por las mayorías[20].

Tampoco ha de dejarse de lado la ventaja comparativa que trae aparejada esta doctrina, puesto que constituye una herramienta más para hacer efectivas las obligaciones de los Estados en virtud del art. 2 CADH (obligación de adoptar disposiciones de derecho interno) en relación al art. 1.1. (obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades consagrados en la CADH sin discriminación alguna), convirtiéndose en "un medio por el cual los poderes públicos de un Estado pueden dar cumplimiento a lo estipulado por la Convención y la correspondiente interpretación que realiza la Corte IDH"[21].

En cualquier caso, la creación y desarrollo jurisprudencial de la doctrina del control de convencionalidad por parte de la Corte IDH no hace más que evidenciar el esfuerzo de ésta por "presentar una herramienta que puede favorecer la protección de los derechos humanos desde los Estados y, paralelamente, afianzar el carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción internacional"[22].

En lo que al Estado argentino respecta, esta doctrina fue receptada en el fallo Mazzeo[23] mediante la cita textual del precedente Almonacid Arellano. Sin embargo, algunos autores como Bianchi,

---

[19] Ver exposición de motivos de la Carta firmada por el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, José Miguel Insulza.

[20] Ver Corte IDH, Caso Gelman, op. cit. párr. 239.

[21] STEINER, Christian y Uribe, Patricia (Editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*; Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pág. 67.

[22] IBÁÑEZ, Juana María, Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Anuario de Derechos Humanos, Chile, 2012, 103, p. 113.

[23] Ver CSJN "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad" 13 de Julio de 2007, cons. 22. También "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación" de fecha 31 de agosto de 2010, entre otros.

hallan el compromiso y respeto de la CSJN para con la Corte IDH incluso en antecedentes previos, comenzando con la aprobación y ratificación de la CADH en 1984, pasando por la sentencia de Ekmekdjian c. Sofovich -donde la CSJN estableció la subordinación del derecho interno argentino al derecho internacional, haciendo énfasis en que dicha subordinación ya existía desde que la Argentina ratificó la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en 1972- y culminando con la reforma constitucional de 1994 en la que, además de ratificar en el art. 75 inc. 22 la doctrina sentada en Ekmekdjian, estableció también que ciertos tratados sobre derechos humanos -entre ellos la CADH- tienen jerarquía constitucional y rigen "en las condiciones de su vigencia"[24], es decir, tal y como los órganos de tratado han interpretado dichos documentos[25].

¿Pero sobre qué normas ha de llevarse a cabo dicho control? ¿Quiénes deben realizar esta tarea? ¿Qué consecuencias prácticas trae? ¿En virtud de qué norma es que los Estados están obligados a realizarlo? Hitters destaca que "la 'comparación' ha de realizarse (...) entre las reglas internas de esencia legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter, por un lado; y los Tratados aludidos, la jurisprudencia de la Corte IDH y el ius cogens, por el otro"[26], o lo que es lo mismo, según Cao, "toda norma subconstitucional debería superar el 'test de convencionalidad' (...) para ser adecuada a los compromisos asumidos por el Estado argentino"[27], no solo en el caso de la CADH sino, como insiste Gil Domínguez, respecto a todos los

---

[24] BIANCHI, Alberto; "Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad", en La Ley, Sup. Const. 2010 (septiembre), 23/09/2010, Buenos Aires, pág. 1. Incluso el mismo precedente Mazzeo en su considerando 18 refiere a los diarios de sesiones de la Convención Constituyente de 1994 para ilustrar sobre el compromiso que la reforma constitucional tuvo para con el derecho internacional de los derechos humanos en general y el rol de los órganos de esos tratados en particular.

[25] Tal ha sido la interpretación de la CSJN desde 1995 en el precedente "Giroldi, Horacio D. y otro s/recurso de casación", LL AR/JUR/375/1995. Al respecto ver también Perez, Agustina G., "La interpretación judicial de la fórmula 'en las condiciones de su vigencia' a veinte años de la reforma constitucional", Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa, Centro de Capacitación Judicial, Volumen VI n°1 Diciembre de 2014.

[26] Op. cit. pág. 5.

[27] CAO, Christian Alberto; "Control de constitucionalidad más control de convencionalidad. Un nuevo paso en la tutela de los derechos fundamentales", en *La Ley* 24/09/2010, Buenos Aires, pág. 1.

tratados internacionales de derechos humanos[28] ratificados por la República, pues lo contrario resultaría un contrasentido[29].

Por ello ha de entenderse que el control de convencionalidad tiene carácter difuso y debe ser aplicado por todos los jueces domésticos y, además, debe ser realizado por las autoridades ejecutivas y legislativas locales, todas ellas en función de las obligaciones contraídas en virtud de los art. 1 y 2 de la CADH dado que, en última instancia y como ya se anticipó, el Estado argentino puede ser pasible de responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos internacionalmente contraídas cometidas por cualquiera de sus poderes, a cualquier nivel[30].

En relación al control de convencionalidad y vinculación con los art. 1 y 2, la Corte IDH fue un paso más allá y en el caso Radilla Pachecho vs México –y dando origen a lo que se dio a llamar "doctrina de la interpretación conforme"[31]- dijo que:

> "[P]ara este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los

[28] En este sentido, no solo los tratados del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional entrarían dentro del control de convencionalidad sino también todos los tratados internacionales de derechos humanos en virtud del art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

[29] GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; "La Corte Suprema de Justicia reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio", en La Ley 09/09/10, Buenos Aires, pág. 2.

[30] Ello en virtud no solo de la cláusula federal de la CADH, art. 28, sino también por la interpretación que la Corte IDH ha hecho de esta al establecer que "un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional", ver jurisprudencia desde Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, Párr. 46, y Niños de la Callo op. cit. párr. 220, en adelante.

[31] Ver comentario al fallo de Sagüés, María Sofía, op. cit. pág. 6.

> derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención"[32].

Por último, parte de la doctrina, entiende que el control de convencionalidad debe realizarse por los jueces locales en virtud de las interpretaciones realizadas en las sentencias de la Corte IDH independientemente de si el país ha sido parte o no en dicha resolución[33]. Esta interpretación responde a una clara expresión del principio de economía procesal y *pro homine*.

## 3. Sobre el pensamiento dicotómico, los estereotipos de género y las violencias contra la mujer: su relación con el efectivo ejercicio y goce de los derechos

En este sentido, un cabal entendimiento acerca de qué es la violencia contra la mujer y qué son los estereotipos socio-culturales de género, es fundamental para comprender cuáles son las exigencias que tienen los Estados para con las mujeres en virtud del control de convencionalidad.

No menos importante es comprender la lógica bajo la cual funcionan tanto los estereotipos de género como la violencia contra la mujer, que se relacionan directamente con el pensamiento dicotómico. Veamos.

---

[32] Corte IDH. Caso Radilla Pachecho vs Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, Párr. 338.

[33] Con algunos matices encontramos dentro de este grupo a autores tales como Bidart Campos, Albanese, Hitters, Sagüés, Gil Domínguez, Bazán y Pinto.

### 3.1. ¿En qué consiste el pensamiento dicotómico y cómo obstaculiza el acceso a los derechos en relación al género?

Desde los tiempos de la Antigua Grecia el pensamiento se ha estructurado en base a pares opuestos, siendo el par (o la dicotomía) racional-irracional uno de los principales. Estos pares sirven para "comprender" el mundo pero también para establecer esferas contrastantes y límites, en otras palabras, para ejercer el poder.

Según Olsen, lo importante de estos dualismos son sus tres características principales: primero, los dualismos están sexualizados, una mitad es masculina y la otra femenina; segundo, los pares están jerarquizados y entre ellos las características masculinas son superiores versus lo femenino que es lo inferior; y tercero, el derecho se identifica con el lado masculino de los dualismos, con el superior[34]. Es decir, mediante los dualismos no solo se establece una forma de entender el mundo sino que se genera una jerarquía donde hay una diferencia, y se dota a un lado del par del poder para controlar los otros lados de los pares.

Así, el derecho, no es ajeno al pensamiento dicotómico. Más aún, al identificarse con el lado masculino de los dualismos, se asume como racional, objetivo, abstracto y universal, es decir, como mejor que lo irracional, que lo subjetivo, que lo concreto y que lo particular. Esta concepción de las cosas ha dominado el pensamiento y por ello otras disciplinas, no solo el derecho, han reforzado la idea de dualismos jerárquicos o dicotomías que ubican a la mujer por debajo del hombre. Dicha situación influye, por tanto, en el acceso (o no) a los derechos por parte del lado disvalioso del par, de los sujetos subalternos, de los y las otros/as.

Distintas corrientes feministas han intentado "desnaturalizar" los dualismos y por tanto al derecho poniendo en jaque la normatividad, con argumentos diferentes según cada teoría[35]. Sin

---

[34] OLSEN, Frances, "El sexo del derecho", en Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de Teoría Critica del Derecho*, 2da. Edición, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

[35] Distintas corrientes feministas han intentado "desnaturalizar" los dualismos y por tanto al derecho poniendo en jaque la normatividad, con argumentos diferentes según cada teoría Estas teorías se agrupan bajo feminismo de la igualdad, feminismo

embargo, independientemente de la estrategia feminista jurídica que utilicemos, hemos de partir de la base de que el derecho, como otras construcciones sociales, está empapado de sexismo y ello perjudica, por lo menos pero no únicamente, a la mitad de los seres humanos: las mujeres.

Según Alda Facio para identificar el sexismo en el derecho hace falta un análisis desde la perspectiva de género del fenómeno legal, y para ello se requieren varios pasos, el primero de ellos tomar conciencia de la subordinación del sexo femenino en forma personal, ya sea que seamos mujeres (y por tanto nos enfoquemos en nuestras experiencias concretas de subordinación para luego generalizarlas) o varones (en cuyo caso deberán tomar conciencia de sus privilegios basados en el hecho de subordinación de las mujeres)[36]. Esa conciencia nos lleva a poder observar que el sexismo, presente en el derecho y otros campos, tiene diversas formas de manifestarse, por ej. en la norma.

El pensamiento dicotómico y sexista influye en la normatividad desde que establece el deber ser de las personas, sus roles, obligaciones y atributos. También sus posibilidades y sus prohibiciones. Todo ello redunda, necesariamente en la obstaculización del acceso a los derechos en relación al género. El control de convencionalidad no puede ser ajeno a esta situación y por tanto debe iniciar su razonamiento en clave de género.

### 3.2. Violencia contra la mujer como violación de derechos humanos

---

de la diferencia y feminismo crítico. Para ampliar una lectura en torno a estas corrientes ver: Olsen citado supra nota 34, Maffía, Diana; "Epistemología feminista: la subversión semiótica de las mujeres en la ciencia", en Revista Venezolana de Estudios de la Mujer Vol.12 Nº 28, 2007; Maffía, Diana; "Contra las dicotomías: Feminismo y epistemología crítica. Mimeo" Seminario de Epistemología Feminista, Facultad de Filosofía y Letras (UBA), 2008; Bodelón, Encarna, "Derecho y Justicia no androcéntricos", en Quaderns de Psicologia Vol. 12 No 2, pág. 183-193. Bellaterra. Universitat Autònoma de Barcelona, 2010; Smart, Carol; "La teoría feminista y el discurso jurídico", en Birgin, Haydée: El Derecho en el Género y el Género en el Derecho. Buenos Aires, Biblos, 2000.

[36] FACIO, Alda; "Metodología para el análisis del género en el fenómeno legal", en Facio, Alda y Lorena Fries (eds): *Género y derecho*. Santiago de Chile, Ediciones La Morada, 1999.

Como vimos, el pensamiento dicotómico es la base de las relaciones desiguales. En este sentido, comprender la definición de violencia contra la mujer y entender qué son los estereotipos socio-culturales de género, es fundamental para determinar cuáles son las exigencias que tienen los Estados para con las mujeres al momento de realizar el control de convencionalidad.

La violencia y la discriminación contra la mujer constituyen una violación a los derechos humanos y una ofensa a la dignidad humana que trasciende a todos los sectores de la sociedad y se relaciona directamente con las relaciones desiguales de poder[37]. Tal es así que la violencia de género se relaciona con la discriminación estructural[38]. Así, los estereotipos de género son "una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente" y su "creación y uso (...) se convierte[n] en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer"[39].

Por lo tanto, la discriminación y/o violencia contra la mujer[40] es aquella exclusión o restricción que tenga por objeto o por

---

[37] Ver Preámbulos de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (1979) y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención Belém do Pará" (1994). A su vez, si bien la Convención CEDAW solo habla de discriminación, la doctrina y el propio comité CEDAW coinciden en que la no apelación al vocablo "violencia" es producto de una situación histórica, sin embargo ello no obsta a que esté incluida dentro de la discriminación. Tal es así que el Comité CEDAW en su Recomendación General Nº 19 (1992) sobre "La violencia contra la mujer" estableció que "la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre", párr. 1.

[38] ABRAMOVICH, Víctor (2013), "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos"; marzo 6 de 2013 - JA 2013-I, fascículo n° 10, Buenos Aires.

[39] Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, Párr. 401.

[40] Según el Comité CEDAW la violencia está comprendida dentro de la discriminación, como la discriminación está incluida dentro de la violencia para la Convención Belém do Pará (ver nota 17).

resultado[41], tanto en el ámbito público como en el privado[42], menoscabar o anular el ejercicio y goce de derechos por parte de las mujeres en virtud de su sexo/género[43].

La Corte IDH tiene dicho que han de tomarse todas las medidas necesarias para realizar los "cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población"[44] en general y contra la mujer[45] en particular, no solo porque ellos son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos[46] y porque la CADH manda a los Estados a no discriminar en virtud del sexo[47], sino además porque, desde la Convención Belém do Pará[48] los Estados tienen una obligación *reforzada*[49] de proteger a las mujeres, colocando a los Estados en posición de garantes ante el riesgo de violencia basada en el género[50].

Cumplir con el deber de control de convencionalidad en este sentido implica no solo la lectura armónica de las dos Convenciones americanas (CADH y Belám do Pará), sino también una revisión de

---

[41] Art. 1 Convención CEDAW.

[42] Art. 1 Convención Belém do Pará.

[43] Si bien la CEDAW habla de "sexo" y la Convención Belém do Pará de "género", el Comité CEDAW ha comenzado a hablar y entender la violencia como basada en género (más que en sexo) desde la Recomendación general N° 24 sobre "La mujer y la salud (artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer)" del año 1999.

[44] Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 267.

[45] CIDH, INFORME N° 4/01, Caso 11.625 María Eugenia Morales De Sierra Guatemala, 19 de enero de 2001, párr. 44.

[46] Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párr. 302.

[47] Ver CADH art. 1 inc. 1 y art. 24.

[48] Ver en especial las obligaciones contraídas en virtud de los arts. 1 a 8 de la Convención.

[49] Corte IDH, Caso "Campo Algodonero" op. cit. párr. 258, el destacado me pertenece. En igual sentido, Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Párr. 243.

[50] Ver Caso "Campo Algodonero" op. cit. y Abramovich, Víctor op. cit.

todas las medidas y acciones tomadas por el Estado en todos sus órganos y niveles a la luz de la jurisprudencia (contenciosa y consultiva) de la Corte IDH y el Comité CEDAW[51].

## 4. Conclusiones

Como hemos visto, la persistencia del pensamiento dicotómico, del patriarcado enraizado en los estrados judiciales, en las políticas públicas, en las leyes y en la vida cotidiana hacen que la lucha contra la violencia contra la mujer sea ardua. Sin embargo, el control de convencionalidad aún puede jugar un rol protagónico a los fines de la eliminación de estereotipos socio-culturales contra la mujer desde que sirve como herramienta para repensar el derecho y las prácticas (no solo judiciales sino también las de los poderes ejecutivos y legislativos) a la luz de los derechos humanos.

Por ello, y para fundamentar la importancia del control de convencionalidad como herramienta para eliminar los estereotipos de género y violencia contra la mujer, proponemos cinco razones:

Primeramente y como se expuso, el control de convencionalidad constituye una garantía de aplicación de estándares de derechos humanos, ya por los Estados parte ya por la propia Corte IDH (o el órgano de que se trate) que, en última instancia, buscar maximizar los principios hermenéuticos del derecho de los derechos humanos: principio pro homine y favor debilis, en virtud de los cuales

[51] En el caso de Argentina y dado la interpretación que ha hecho la CSJN de la fórmula "en las condiciones de su vigencia" desde el caso Giroldi (op. cit.) en adelante, además de las interpretaciones realizadas por la Corte IDH, el Estado debe tener en cuenta tanto la jurisprudencia como las Recomendaciones Generales del CEDAW a fin de realizar el control de convencionalidad. Aún si ello no fuese de esa manera, los Estados que han ratificado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH también deberían tener en cuenta lo que aquel Comité tiene dicho en virtud de cumplir con sus obligaciones ante el SIDH desde que tanto la Convención como la jurisprudencia contenciosa y sobre todo consultiva del CEDAW han sido incluidas en las sentencias de la Corte IDH en numerosas oportunidades.

debe prevalecer la solución que brinde una mayor satisfacción a los derechos[52].

Segundo, porque teniendo en cuenta el carácter subsidiario y complementario de la Corte IDH[53] respecto de las obligaciones y garantías que han de brindarse en el plano interno de los Estados, el control de convencionalidad es un instituto que invita a participar (y a tomar acción) a los jueces domésticos y los transforma en "jueces interamericanos". En este sentido, lo que busca este instituto es "fomentar el diálogo jurisprudencial creativo, responsable y comprometido con la efectividad de los derechos fundamentales. (...) Son [los jueces nacionales] los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos"[54].

Tercero, carece de sentido, ya desde un punto de vista de economía procesal ya desde la potencial responsabilidad del Estado y la antedicha subsidiariedad del SIDH, no realizar un control de convencionalidad por parte de *todos los poderes*, en *todos los niveles* (la división de poderes interna no es oponible al cumplimiento de obligaciones internacionales[55]), puesto que lo contrario se traduciría en un aumento de reclamos ante el sistema (y por ende mayores

---

[52] CAO, op. cit., pág. 2. y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El control de constitucionalidad concentrado: ¿es incompatible con el control de convencionalidad?", LA LEY 08/08/2013, Buenos Aires; entre otros.

[53] Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 61; Corte IDH. Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Fondo, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 64; Corte IDH. Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras, Fondo, sentencia del 15 de marzo de 1989, párr. 85.

[54] Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 87. Abonando a esta misma teoría encontramos a Gil Domínguez, Andrés (2013) op. cit.; a Sagüés, María Sofía, "Control de convencionalidad: lineamientos y desafíos a la luz de la experiencia en el caso argentino", en 'Acciones protectoras de derechos humanos', en Revista Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, en prensa; a BAZÁN, Víctor, (2012) "Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), El Control Difuso de Convencionalidad, (México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C.), págs. 11-31; entre otros.

[55] Caso Niños de la Calle op. cit. párr. 220.

posibilidades de una condena por responsabilidad internacional) y un retraso (e incluso denegación) de justicia para las víctimas. Los poderes legislativos y ejecutivos, nacionales y provinciales, en tanto partes de un todo llamado Estado, deben atender su responsabilidad de control de convencionalidad para que las leyes que dicten y las políticas públicas que implementen no sean contrarias a los tratados de derechos humanos y/o las interpretaciones que los órganos de tratado y la Corte IDH han hecho de ellos. Por lo tanto, realizar un control de convencionalidad es "la máxima expresión de garantía secundaria que un Estado constitucional de derecho puede ofrecer"[56]. El SIDH no es una cuarta instancia, la responsabilidad primaria de responder por las violaciones a los derechos humanos corresponde a los propios Estados[57].

Cuarto, podría pensarse que el control de convencionalidad -o el deber de los jueces locales de velar por que el objeto y fin del tratado no se vea mermado por la aplicación de leyes internas- es la defensa por antonomasia de los Estados ante el SIDH. Así como el requisito de agotamiento de recursos internos es una protección para los Estados, la existencia de un Estado (en sus tres poderes) respetuoso de los estándares de derechos humanos es el aliciente perfecto para que los ciudadanos accedan (y confíen) en la justicia doméstica[58].

Quinto y último, si los jueces tienen el poder de, en última instancia, decir el derecho[59], el respetar "las condiciones de su vigencia" en que rigen los tratados contribuye a robustecer la tutela, cuantitativa y cualitativa, de los derechos humanos y, en definitiva, de

---

[56] GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2013), op. cit. pág. 2.

[57] Esta es también la contracara del requisito de agotamiento de los recursos internos exigido a los peticionarios, instancia que deberá agotarse en virtud del art. 46 inc. 1 apartado a) y siempre y cuando no confluyan las causales eximentes del art. 46 inc. 2.

[58] En este sentido, el ex Juez de la Corte IDH Cançado Trindade "Los Estados partes en tratados de derechos humanos se encuentran, en resumen, obligados a organizar su ordenamiento jurídico interno de modo que las supuestas víctimas de violaciones de los derechos en ellos consagrados dispongan de un recurso eficaz ante las instancias nacionales" CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto (1994), "A proteçao dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: perspectivas Brasileiras", Brasilia, Revista dos Tribunais p. 56

[59] ENTELMAN, Ricardo (2006), "Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra", en Marí, Enrique y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, LexisNexis, Buenos Aires.

la dignidad humana[60]. Así como el control de constitucionalidad efectiviza la Constitución Nacional y, de forma práctica exalta su jerarquía, el control de convencionalidad pone de manifiesto la supremacía de los tratados internacionales de derechos humanos por sobre el resto de las normas internas.

El control de convencionalidad es la expresión más clara de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y, por tanto, aplica a todos los tratados de derechos humanos ya que no hay diferencias entre éstos y, además, porque lo inverso significaría contrariar las características propias de éstos que son, fundamentalmente, interrelacionados, interdependientes e indivisibles[61]. Como operadores del derecho y en el marco de un estado constitucional de derecho, tenemos el deber (y la obligación) de confiar y apostar al control de convencionalidad no solo como una herramienta útil y positiva para garantizar el goce de los derechos humanos en general sino, por sobre todo, como una estrategia para la efectiva lucha contra la violencia contra las mujeres.

◘

[60] SAGÜÉS, María Sofía, op. cit. pág. 10. En este sentido, un claro y reciente ejemplo de cómo nuestra CSJN se compromete con el control de convencionalidad con enfoque de género es el caso "F., A. L. s/medida autosatisfactiva" (CSJN, 13/03/2012) donde, además de citar e interpretar los hecho a la luz de la doctrina del control de convencionalidad y atendiendo a la jurisprudencia y opiniones consultivas/observaciones generales de diversos órganos de tratados (en especial la Corte IDH y el Comité CEDAW), la Corte estableció que pese a haberse tornado abstracta la cuestión sometida a decisión (un aborto), "el tratamiento del tema resulta pertinente por esta vía puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional, tanto más si se tiene en cuenta que varios organismos internacionales se han pronunciado censurando, en casos análogos, la interpretaci6n restrictiva del acceso al aborto no punible" (cons. 6), en similar sentido, ver también considerandos 19, 26 y concordantes.

[61] En virtud de la Declaración y Programa de Acción de Viena, producto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena 14 al 25 de junio de 1993.

# EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO HUMANO: SU VINCULACIÓN CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO

*Carina Santos Bono, Marcela Fernández Zorrilla y Eleonora Cordero*[*]

## 1. Introducción

Los Derechos Humanos, considerados como un conjunto de pautas éticas con proyección jurídica surgen de la necesidad de todos los individuos de contar con las condiciones esenciales para una vida digna, y han sido producto de un largo proceso de construcción y cambio a lo largo de los dos últimos siglos. En la actualidad, la interpretación acerca de qué son los derechos humanos y cuál es su función en la sociedad está muy discutida. En orden a la extensión del presente trabajo, el mismo no se explayará en esta cuestión pero si es interesante plantear la visión que Boaventura de Sousa Santos tiene al respecto. Este autor dice que los derechos humanos "la escritura emancipatoria de tiempos modernos con el potencial de convertirse en la base para una verdadera cultura global y a menudo el único instrumento que poseen los grupos vulnerables ante los diferentes tipos de opresión y violencia"[1].

La violencia, y en el caso particular de la violencia de género, se esgrime como un acto que conculca con los derechos humanos. Si bien esta problemática ha sido parte de nuestra realidad desde hace largo tiempo es muy reciente la notoriedad y posicionamiento que ha tomado en la agenda pública. En este sentido, y principalmente a

---

[*] Artículo elaborado en el marco del proyecto de investigación vigente de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas: *Género, acceso a los derechos y políticas públicas en la provincia de La Pampa a partir de la Ley Nacional 26.485.*

[1] VIROSTA Leticia, "El poder judicial como reproductor de subalternizaciones: Prácticas y representaciones en torno a la mujer indígena/Interculturalidad", en Karina Bidaseca y Vanesa Vazquez Laba (Comp.), *Feminisimos y Poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América Latina,* Buenos Aires,Ed. Godot, 2011, p. 328.

partir de la lucha de diversos movimientos sociales en pos de los derechos de las mujeres, se logró la sanción de un marco normativo tanto a nivel nacional como internacional. Esta regulación jurídica posibilitó en primera instancia el acceso a la justicia civil para solicitar medidas de protección y a su vez, se avanzó en la definición de lo que significa violencia de género y sus distintas modalidades. Por otro lado, se diseñaron estrategias para combatirla.

Aquí se abordará someramente el concepto de violencia de género, como así, el trasfondo de su configuración. A su vez, se analizará la evolución del derecho internacional público en relación a la violencia de género haciendo un breve recorrido por pactos, conferencias y resoluciones de Naciones Unidas, como también, de la Organización de Estados Americanos.

Finalmente, se examinará el acceso a justicia como derecho humano, sus diferentes aspectos, el estudio de la legislación internacional, nacional y provincial referida.

## 2. Violencia de Género

La violencia contra las mujeres (antes violencia sexista, violencia machista o violencia patriarcal) es un concepto hecho político por el movimiento feminista. Su intención es destacar que las mujeres en la sociedad son *objeto de una violencia específica, con un significado específico*. Esta violencia surge y se sostiene dentro de una estructura de dominación específica, el patriarcado,

al cual Valcárcel define como "el sistema de dominación genérico en el cual las mujeres permanecen genéricamente bajo la autoridad a su vez genérica de los varones: sistema que dispone de sus propios elementos políticos, económicos, ideológicos y simbólicos de legitimación y cuya permeabilidad escapa a cualquier frontera cultural o de desarrollo económico[2].

[2] VALCARCEL, Amelia citado en BARRERE UNZUETA, María Angeles en *Legislación y Jurisprudencia antidiscriminatorias por razón de sexo-género. Reflexiones de recopilación y de reforma legislativa.,* Universidad del País Vasco, p.14.

En este contexto la violencia contra las mujeres se constituye, en palabras de Rhonda Copelon, -aunque circunscripto a violencia doméstica-, cuando manifiesta que:

> "La violencia contra la mujeres es algo sistémico y estructural, un mecanismo de control patriarcal sobre las mujeres que se construye sobre la superioridad masculina y la inferioridad femenina, sobre papeles y expectativas estereotipados según el sexo, y la predominancia económica, social y política del hombre y la dependencia de la mujer (...) se produce una deshumanización de la mujer, reducidas a simples posesiones o bienes muebles por su convivientes"3.

Es por ello que la violencia contra las mujeres debe ser interpretada en función del reconocimiento de un sistema que instituye estructuras y relaciones injustas de poder en forma de violencia4 y no como hechos descontextualizados. De esta manera los hombres, por la fuerza, usando presión directa o por medio de símbolos, ritos, tradiciones, leyes, educación, el imaginario popular o inconsciente colectivo, la maternidad forzada, la heterosexualidad obligatoria, la división sexual del trabajo y la historia robada, determinan qué funciones podemos o no desempeñar las mujeres. Esta violencia supone conductas que hasta hace muy poco tiempo eran socialmente aceptadas, y a su vez era entendida como una problemática circunscripta al ámbito de la vida privada y por ende, no permeable a la injerencia de la sociedad y del Estado; pero desde hace unas décadas se observan cambios en la percepción del problema, que responden al profundo cuestionamiento de la consubstancialidad de la violencia a las relaciones de género, como también, a su categorización como violación de los derechos humanos de las mujeres.

---

[3] COPELON Rhonda "Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura", en Cook Rebecca (editora) *Derechos Humanos de las Mujeres: Perspectivas nacionales e internacionales,* Bogotá, Profamilia, 1997, p.144.

[4] BARRERE UNZUETA, María Ángeles "Género, discriminación y violencia contra las mujeres" en Laurenzo Patricia, Maqueda María Luisa y Rubio Ana (coordinadoras): *Género, violencia y derecho,* Buenos Aires, Editores del Puerto, SRL, 2009, p. 15.

## 3. Evolución del concepto de violencia de género en el derecho internacional público y nacional

**3.1.** A partir de la década del setenta, los movimientos y organizaciones feministas y de mujeres iniciaron el camino por situar a la violencia de género en el contexto de la desigualdad estructural entre géneros -en el cual históricamente las mujeres han sido relegadas-, visibilizar la problemática y buscar estrategias que permitan combatirla. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCyP-1966; la Convención Americana sobre Derechos Humanos PSJCR-1978; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC-1966; entre otros, contienen disposiciones útiles para combatir la violencia de género, sin embargo no ha sido suficiente para proteger a las mujeres contra ésta. A su vez, los pactos internacionales, tampoco han posibilitado el cambio completo de las políticas y prácticas estatales que funcionaban y funcionan con el ideario de que los hechos de violencia que se desarrollan en el ámbito de relaciones interpersonales son conflictos privados en los que no corresponde intervenir. En 1979 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), y de esta manera incorporó a las mujeres a la esfera de los derechos humanos, reconociendo como antecesora a la declaración homónima, del año 1960. Ha sido criticada por su falta de abordaje directo de la violencia de género. A partir de la década del noventa, se intensifican los esfuerzos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos para poner en evidencia que la violencia de género constituye una violación a los derechos humanos de las mujeres, y que los Estados deben adoptar medidas que garanticen la vigencia de los derechos de la mujer. En 1992, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (comité CEDAW, organismo encargado del monitoreo de la CEDAW), elaboró la Recomendación N° 19, donde afirmó que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de ésta de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre, y a su vez declaró que los Estados deben adoptar medidas efectivas para superar todas las formas de violencia basadas en el género, así éstas sean perpetradas por actores públicos o privados. Recomendó también que los Estados Miembros informaren sobre la

violencia contra las mujeres y las medidas adoptadas a nivel gubernamental para erradicarla.

En 1993, la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena reconoció que los derechos de las niñas y mujeres son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales, y se subrayó, en especial, la importancia de eliminar la violencia contra ellas en la vida pública y privada. Poco después, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que constituye el primer instrumento internacional de derechos humanos dedicado exclusivamente a la violencia de género.

La Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing en 1995, en la Declaración y Plataforma de Acción dedicó una sección entera a la problemática de la violencia contra las mujeres, y declaró que su eliminación es esencial para la igualdad, el desarrollo y la paz mundial. Por su parte, el Estatuto de Roma, aprobado en julio de 1998, instituyó la Corte Penal Internacional con competencia frente a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, entre los que incluyó los hechos de violencia de género. Los objetivos establecidos en la Declaración del Milenio de la Naciones Unidas del año 2000, también suponen una herramienta de interés para la exigibilidad de los derechos humanos de las mujeres.

En marzo de 2000, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la Observación General N° 28, manifestó que, para poder evaluar el cumplimiento de los Estados de las obligaciones contraídas en el PIDCyP, necesitaba información sobre leyes y prácticas relativas a la violencia contra las mujeres.

En este ámbito a partir de la década del 80 se comienza a utilizar el concepto de transversalidad de género en el sistema de derechos humanos de la ONU. Charleswoth[5] considera que su uso comenzó a ser una constante en las instituciones internacionales como una técnica para responder a las desigualdades entre mujeres y varones. La autora considera que la idea que subyace bajo el término

[5] CHARLESWOTH, Hilary, *No flotando sino ahogándonos: La transversalidad de género y los Derechos Humanos en las Naciones Unidas,* 2007, consultado el día 19/06/15, accedido el 19/06/15, través de la web http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24777.pdf

es que las cuestiones relacionadas con el género deben ser tenidas en cuenta en las actividades institucionales centrales transversales en vez de relegarlas a un ámbito específico. A lo largo de su recorrido por los instrumentos sancionados y las acciones llevadas a cabo por los órganos la autora advierte que el concepto de transversalidad en realidad desvía la atención de las formas en que las desigualdades basadas en el sexo y en el género están arraigadas en el sistema internacional. Sostiene que en realidad se ha vaciado y despolitizado el significado de "género", utilizándolo algunas veces para referirse a las mujeres o a mujeres y niños. El concepto tal como es utilizado en los órganos de la ONU reafirma la naturalidad de las identidades femeninas y masculinas y pasa por alto los aspectos performativos del género, así como también invisibiliza las relaciones de poder y el modo en que las estructuras de subordinación son reproducidas.

El problema que observa la autora antes mencionada es que el compromiso con la transversalidad de género en un área de la actividad institucional puede ser socavado por estructuras generales que están basadas en jeraquías de sexo y poder. Un dato interesante que aporta es *que en 2004, el 40% aproximadamente del conjunto de los órganos establecidos en los tratados de derechos humanos eran mujeres (U.N. ESCOR 2005), pero la mayoría de las mujeres (75%) estaban concentradas en dos comités: el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño. En conjunto, la proporción de mujeres en los otros comités fue del 15%. El llamado para una mayor participación de las mujeres, que es en sí misma parte de la estrategia de transversalidad de género, ha tenido por lo tanto un impacto limitado.* Así, ante el fracaso de la estrategia de transversalidad del género, sostiene que cambiar el curso de la tendencia dominante en el ámbito internacional requiere una compleja transformación de las estructuras imperantes en este orden.

**3.2.** En lo que respecta al *ámbito regional,* el 9 de junio de 1994 fue aprobada la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como Convención de Belém do Pará, por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Este documento es central en la materia ya que, a pesar de no consagrar nuevos derechos, sí traduce de manera más específica cómo la violencia de género vulnera numerosos derechos humanos de las mujeres, y determina con mayor

desarrollo los deberes de los Estados Partes para enfrentar la violencia de género y asistir a quienes la sufren. De este modo, se entiende que aunque los derechos reconocidos en la Convención de Belém do Pará ya se encuentran incluidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en otros tratados internacionales, la interpretación y aplicación que se hace de sus normas suele desconocer las implicancias o alcances que tienen con relación a las experiencias y necesidades de las mujeres. El aporte de la Convención es que gracias a su texto explícito los Estados ya no podrán alegar una interpretación errónea, así el art. 1 define la violencia contra las mujeres como *cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*. Esta definición de violencia, en concordancia con el artículo 2 de la Convención abarca tanto la violencia perpetrada en la familia, unidad doméstica o cualquier relación interpersonal, la comunidad y el Estado.

En este ámbito regional, también sucede que el interés de los órganos de supervisión es bastante reciente. En este punto, se ha señalado que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH o Comisión Interamericana) no se ocupó de la situación de los derechos de las mujeres hasta el año 2009, cuando resolvió por hechos ocurridos en año 1993, es el caso de González y otras (*Campo Algodonero*) vs. México6/7.

---

[6] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "González y otras (Campo González y otras (*campo algodonero*) vs. México, fallo DEL 04/11/2007, accedido en http://www.mpd.gov.ar/noticia/index/noticia/fallo-corte-interamericana-de-derechos-humanos-campo-algodonero-156.

[7] En este caso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó una demanda contra los Estados Unidos Mexicanos de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención. La demanda se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional del estado por "la desaparición y ulterior muerte de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero de la Ciudad Juárez el 6 de Noviembre de 2001.Se responsabiliza al Estado por "la Falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición...; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos..., así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada".

En 2001, la Comisión Interamericana decidió por primera vez en el caso María Da Penha Maia Fernandez vs. Brasil8, la violación de disposiciones por parte del Estado de la Convención de Belém do Pará por falta de igualdad. En esa oportunidad la Corte dijo:

> "La impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex-marido sufridas por la señora Maria da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer. Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa inefectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos".

En 2007, impulsada por la falta de acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia y como respuesta a la impunidad de la que gozan la mayoría de estos hechos de violencia de género, la CIDH elaboró su Informe sobre Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de

---

[8] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, María Da Penha Maia Fernandez vs. Brasil fallo del 13/03/2001, a través de la web http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/Brasil12.051a.htm.

Violencia en las Américas"[9]. En esta ocasión, la Comisión elaboró un diagnóstico sobre los principales obstáculos enfrentados por las mujeres, a la vez que formuló recomendaciones para los Estados.

La Convención de Belem Do Pará que posee el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), en el mes de julio de 2008, presentó el *Primer Informe Hemisférico10* de su Primera Ronda de Evaluación Multilateral de los avances de los Estados Parte a la Convención, afirmando que existe un obstáculo predominante al cumplimiento de las leyes existentes es la ausencia de una línea base desde la cual monitorear y evaluar la naturaleza, la magnitud, las causas y las repercusiones de la violencia contra las mujeres, lo cual impide formular las políticas y los programas que se necesitan para luchar contra ella – y demuestra la falta de prioridad acordada a la seguridad de las mujeres en la agenda pública. Además, si bien en muchos países de la región no existen datos básicos para medir la verdadera magnitud de los distintos tipos de violencia contra las mujeres, en aquellos en que sí se han realizado encuestas sobre el tema y ya tienen información se utilizaron criterios diversos del uno al otro que dificultan la comparación de los resultados y, por ende, la identificación de las prácticas exitosas en el campo de las políticas que merecerían replicarse. Estas diferencias en la preparación de las encuestas se explican tanto por los distintos contextos socioculturales de cada país, como por las metodologías empleadas en cada medición.

El *Segundo informe hemisférico*[11] *del año 2012,* sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará, consideró que la definición de violencia contra las mujeres del artículo 1 de la Convención fue incorporada, en forma total o parcial, principalmente

---

[9] CIDH. Informe sobre acceso a la Justicia para mujeres Víctimas de Violencia en las América.20/01/07. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, consultado el 19/06/15, accedido el 19/06/15, a través http://www.cidh.org/.

[10] Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", Informes Hemisféricos, 2008, consultado el 10 de abril de 2015, accedido el 10 de abril de 2015 a través de la web en http:// en www.oas.org/es/mesecvi/docs.

[11] Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", Segundo Informe Hemisférico, 2012, consultado el 24 de junio de 2015, accedido el 24 de junio de 2015 a través de la web en http://www.oas.org/es/mesecvi/biblioteca.asp#hemisfericos

en los países donde se han adoptado leyes integrales de violencia contra las mujeres o donde la legislación ha sido modernizada en los últimos cinco años. Las leyes integrales de violencia, como reconoció el Comité de Expertas/os durante la Primera Ronda del Primer Informe Hemisférico, permiten dar un tratamiento unificado y coherente a diversas formas de violencia contra la mujer desde las políticas públicas, la justicia, la investigación y la recolección de datos y estadísticas. De esta manera, su implementación está basada en principios comunes y en la coordinación de los diversos actores encargados de su cumplimiento. En el caso de varios países del Caribe no se cuenta con leyes integrales de violencia contra las mujeres, se aprecia que algunos incluyen elementos de esta definición para establecer el concepto de violencia doméstica o familiar. En otros casos, la definición de violencia contra las mujeres de la Convención se incorpora en los planes nacionales o en las guías del Ministerio de Salud para el tratamiento de la violencia sexual en dicho sector y la atención a las víctimas, pero no en la legislación.

En la oportunidad de la publicación del Segundo Informe Hemisférico, el Comité de Expertas/os llamo la atención a los Estados sobre el hecho de que todavía cuentan con disposiciones donde los términos *violencia contra las mujeres, violencia de género y violencia doméstica o violencia familiar* son tratados como sinónimos y usados en forma indistinta. Con ello se genera un marco legislativo confuso que obstaculiza su implementación. Asimismo, reitera su preocupación por el uso de nociones como *violencia doméstica o violencia familiar* en tanto excluye la violencia ocurrida a manos del compañero de hogar, novio, ex parejas o personas que, sin estar vinculadas legalmente con la mujer, mantiene una relación interpersonal con ella.

**3.3.** Por su parte en el *ámbito nacional* a mediados de la década del noventa, se sancionó la Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar. A pesar de resultar un avance respecto del vacío legal existente al momento de su sanción, esta normativa no resultaba una respuesta adecuada a los compromisos asumidos por el Estado a través de la Convención de Belém do Pará, pues se sostenía que no era lo suficientemente específica para abordar la violencia de género, dado que comprende distintas modalidades de la violencia familiar, que presenta a la familia como un todo homogéneo y trata a todos sus integrantes de forma similar, por lo cual es incapaz de brindar

respuestas adecuadas a las particularidades de cada situación, el bien jurídico protegido era la familia, no la mujer.

Con posterioridad, en abril de 2009, fue publicada la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales, *Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género.*

## 4. Conceptualización desde instrumentos de Derecho Internacional Público

La Declaración de Naciones Unidas sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer, en la Resolución 48/104, de fecha 20-12-93, en su art. 1. Define de la siguiente manera a la violencia de género:

> "Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la privada".

En similar sentido, la Convención de Belém do Pará12, comprende en su definición a la violencia contra las mujeres como *cualquier acción o conducta, basada en su género, que causare la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.* Ambos instrumentos, especifican que la violencia contra las mujeres incluye la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar en el ámbito, doméstico o de relaciones familiares e interpersonales, en la comunidad, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado.

---

[12] Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención de Belém do Pará. consultado el 23 de marzo de 2015, accedido el 23 de marzo de 2015 a través de la web http://www.infoleg.gov.ar.

La recomendación N° 19 del Comité para Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)13, coincide con las definiciones antes mencionadas, y especifica que violencia de género es aquella dirigida contra las mujeres por el sólo hecho de ser mujeres, pero además agrega aquellas manifestaciones de violencia las afectan de manera desproporcionada, e incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.

A propósito de estas acepciones, en el año 2011 el Convenio del Consejo de Europa14 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en el marco del Tratado Internacional con alcance Regional a la Unión Europea en su art. 3 definió que por *violencia contra las mujeres* se deberá entender:

a) una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.
b) por "violencia doméstica" se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima.
c) por "género" se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.
d) por "violencia contra las mujeres por razones de género" se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada; e por "víctima" se entenderá toda persona física que esté sometida a los

[13] Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer conforme Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW-2005), consultado el 15 de marzo de 2015, accedido el 15 de marzo de 2015 a través de la web http://www.un.womenwatch/daw/cedaw

[14] Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 11 de mayo de 2011, consultado el 10 de abril de 2015, accedido el 10 de abril de 2015 a través de la web en http://www.msssi.gov.ar.

comportamientos especificados en los apartados a y b.
f) el término "mujer" incluye a las niñas menores de 18 años.

Por otra parte es importante mencionar el aporte al derecho internacional público en materia de trabajo, acceso al mercado laboral e igualdad de oportunidades que desde su constitución en 1919, ha realizado la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyos objetivos fundamentales ha sido la protección de los derechos de las trabajadoras y la promoción de oportunidades para que tanto hombres como mujeres puedan acceder a un trabajo digno en condiciones de libertad, igualdad y seguridad.

La Declaración de la OIT15 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo en el punto 2 declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: ***a)*** la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; ***b)*** la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio***)*** la abolición efectiva del trabajo infantil; y ***d)*** la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Otro documento de importancia es el Convenio 156 de la OIT sobre trabajadores/as con responsabilidades familiares. Este Convenio se aplica a trabajadores/as con responsabilidades hacia familiares a cargos, cuando éstas limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Establece que con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Estado miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

---

[15] Organización Internacional del Trabajo 86. reunión Ginebra, junio de 1998, consultado el 12 de abril de 2015, accedido el 12 de abril de 2015, a través de la web http://www.ilo.org/public/.

Por otro lado, la Subregional de la OIT para el Cono Sur de América Latina , a través del Programa Regional de Género y Trabajo decente asume este reto con el fin de promover y favorecer, desde su cooperación técnica, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mundo laboral, requisito indispensable para lograr el trabajo decente y el desarrollo con equidad.

## 5. El acceso a la justicia como derecho humano

En primer término, acceso a la justicia puede definirse como el derecho fundamental que tiene toda persona para acudir y promover la actividad de los órganos encargados de prestar el servicio público de impartir justicia, con la finalidad de obtener la tutela jurídica de sus intereses a través de una resolución pronta, completa e imparcial.[16] Es decir, no sólo debe ser posible acceder a los tribunales, también debe poder obtenerse una decisión judicial rápida, justa y que se ejecute de forma eficaz. El acceso a la justicia tiene una perspectiva individual, ya que es un derecho de todo ciudadano, y colectiva porque puede abarcar a un grupo vulnerable, y constituye una de las bases del sistema democrático y por ende del mismo Estado de Derecho, lo cual supone, a su vez, la concepción de la justicia como un servicio público que asegura la cohesión social.

En segundo lugar, el derecho de acceso a la justicia se encuentra regulado en distintos ordenamientos jurídicos, que a continuación recuperamos. La CADH establece en su artículo 8° inciso 1° que:

> "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

[16] VII Cumbre Judicial Iberoamericana. Reglas de Brasilia, Panamá del 23 al 25 febrero de 2015, consultado el 12 de Junio de 2015, accedido el 12 de junio de 2015, a través de la web www.cumbrejudicial.org

de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

De esta disposición se desprende que el Estado no debe interponer obstáculos (obligación negativa) a las personas que acudan a los jueces en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Toda norma que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso a los tribunales, y que no esté justificada por las necesidades razonables de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.

Asimismo el artículo 25 de la misma Convención establece que:

> "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

Del análisis de dichos artículos se infiere que el Estado tiene la obligación de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

Por su parte el Capítulo III de la Convención de Belém do Pará consagra los deberes de los Estados Partes, así el artículo 7º manifiesta que:

> "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;... d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida

> de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;... f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g) establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces".

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Andorra 4 al 8 de febrero 2008), establece en la Sección 2° que se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Asimismo, determina que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. Propugna que los Estados partes deberán impulsar las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones; debiendo prestar una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.

Finalmente el derecho de acceso a la justicia se encuentra consagrado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, el cual reza: *es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*. Según Cayuso[17], el derecho de defensa se traduce en la concreta posibilidad de ocurrir ante los órganos judiciales y administrativos en busca de la

---

[17] CAYUSO, Susana, *Constitución de la Nación Argentina: claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, 1ª Edición, 1ª Reimpresión, La Ley, Buenos Aires, 2011.

tutela efectiva de los derechos. Es el derecho a ser oído y a hacer valer todas las defensas habilitadas por las leyes con el fin de obtener un pronunciamiento oportuno y fundado.

## 6. Acceso a la justicia en la Ley N° 26.485

En consonancia con estos tratados, el Estado argentino ha sancionado (con fecha 11 de marzo de 2009) la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales. En relación al derecho de acceso a la justicia de las mujeres establece disposiciones generales sobre procedimientos, que –a diferencia del procedimiento específico- rigen para todo el país y agrega otros derechos y garantías.

En el art. 16 se establecen Derechos y Garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado;

b) A obtener una respuesta oportuna y efectiva;

c) A ser oída personalmente por el juez y por la autoridad administrativa competente;

d) A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte;

e) A recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en el artículo 3° de la presente ley;

f) A la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones;

g) A participar en el procedimiento recibiendo información sobre el

estado de la causa;

h) A recibir un trato humanizado, evitando la revictimización;

i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados,

teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos;
j) A oponerse a la realización de inspecciones sobre su cuerpo por fuera del estricto marco de la orden judicial. En caso de consentirlas y en los peritajes judiciales tiene derecho a ser acompañada por alguien de su confianza y a que sean realizados por personal profesional especializado y formado con perspectiva de género;

k) A contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos y demás irregularidades. Al respecto, el acceso a la justicia puede ser considerado desde varios aspectos diferentes aunque complementarios:

- El acceso propiamente dicho entendido como la posibilidad de llegar al sistema judicial contando con la representación de un abogado, hecho que resulta fundamental en el camino de convertir un problema en un reclamo de carácter jurídico.

- La disponibilidad de un buen servicio de justicia, es decir, que el sistema brinde posibilidades de obtener un pronunciamiento justo en un tiempo prudencial.

- La posibilidad de sostener el proceso completo, es decir, que las personas involucradas no se vean obligadas a abandonar el proceso judicial por razones ajenas a su voluntad. En tanto cuando se plantea la gratuidad para garantizar el acceso a la justicia, no se limita únicamente al beneficio de litigar sin gastos (como las tasas de justicia o las costas de peritos) sino también a contemplar los gastos de transporte y las pérdidas de días de trabajo implicadas.

- El conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y de los medios para poder ejercer y hacer conocer esos derechos y, específicamente la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo en forma gratuita tanto para casos penales como civiles.

El acceso a la justicia implica dos cuestiones. En un sentido amplio se entiende como garantía de igualdad de oportunidades para

acceder a las instituciones, los órganos o los poderes del Estado, que generan, aplican o interpretan las leyes y regulan normativas de especial impacto en el bienestar, es decir, igualdad en el acceso sin discriminación por razones económicas. Por otro lado, el acceso a la justicia también incluye el conjunto de medidas que se adoptan para que las personas resuelvan sus conflictos y protejan sus derechos ante los tribunales de justicia.

Ambas perspectivas no son excluyentes. De ahí la necesidad de analizar el acceso a justicia en el marco de la intervención social del Estado, a partir del conjunto de políticas públicas que afectan las condiciones de vida de la población y el orden social, como el gasto público, el sistema tributario, las políticas demográficas, de población y de familia. No se puede pretender enfrentar el problema de violencia de género únicamente mediante la sanción de nuevas leyes. La ley resulta un instrumento que debe utilizarse en el contexto de una política pública de prevención y erradicación de la violencia de género. La complejidad de la problemática hace que se requiera de una política social activa.

En este sentido, y siguiendo a Gherardi18, para avanzar en el logro de un efectivo acceso a la justicia para las mujeres en situaciones de violencia *se requiere mejorar la comprensión sobre la efectividad de las normas y procesos.* A su vez *se precisa identificar la necesaria interdependencia de las políticas públicas (sociales, de salud, de empleo) con el servicio de justicia ya que el Poder Judicial en soledad no puede responder a una problemática multidimensional y compleja.*

## 7. Luces y sombras del acceso a derechos de las mujeres en la Pampa

La provincia de La Pampa adhirió a la Ley 26.485 mediante la Ley 2550, por lo cual se impone arbitrar los medios para garantizarles a las mujeres la igualdad de oportunidades en todos los espacios de su vida, y propendiendo a eliminar cualquier acción o manifestación violenta que vulnere sus derechos fundamentales, consagrados

[18] GHERARDI, Natalia, *Más allá de la denuncia. Los desafíos del acceso a la justicia,* Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), 2012, p.51.

constitucionalmente. Deseamos advertir, que luego de haber analizado las normas internacionales en consonancia con nuestro derecho interno y en particular las políticas públicas que propende la Ley 26.485, en particular a lo relativo al ámbito judicial, hemos hallado en las normas de procedimiento penal local una violación a las máximas de las Reglas de Brasilia y al conjunto de tratados y convenciones que propugnan el derecho humano de acceso a la justicia de las mujeres como colectivo de atención preferencial, y a la Constitución Nacional.

Ello se demuestra cuando un sector de la población que, desde su doble condición de mujer y pobre, resulta ubicada en situación de vulnerabilidad y le impide el acceso a la justicia para poder participar en el proceso penal como damnificado y víctima mediante la figura que está dispuesta para ello, como es la del querellante particular (ver art. 88 al 93 del CPP), dado que los distintos organismos que deberían prestar asistencia no proveen un patrocinio jurídico gratuito. Al respecto distintas investigaciones han coincidido en que la falta de patrocinio jurídico en los casos de violencia contra las mujeres es un obstáculo para el acceso a la justicia debido a que en la práctica la participación plena de una abogada o abogado muchas veces implica la garantía del impulso del expediente. [19]

En el orden local, si bien bajo la órbita del Ministerio Público Fiscal funciona la Oficina de Atención a la Víctima y Protección de Testigos, conformada por asistentes sociales y psicólogos, ésta no dispone de abogados patrocinantes al servicio de aquellas personas, que por las Reglas de Brasilia, deberían corresponderle patrocinio gratuito. Por el lado del Ministerio Público de Defensa, y en particular la Defensorías Penales, se encuentra dedicada a la representación de los imputados o sospechados de un delito, alegando la falta de recursos para su participación como querellante.

A esta altura, podemos afirmar que en cuanto a un protocolo de atención a la mujer víctima de violencia de género, se la puede derivar al Consejo Provincial de la Mujer, como a la Dirección de Políticas de Género de la Municipalidad de la ciudad de Santa Rosa. Nuevamente ninguna de las instituciones prestan el servicio de patrocinio jurídico gratuito; pero es necesario aclarar que la ley n° 2655: (modificatoria de la ley n° 2287- Código Procesal Penal de la

[19] GHERARDI, Natalia, *Más allá de la denuncia. Los desafíos del acceso a la justicia,* Equipo Latinoaméricano de Justicia y Género (ELA), 2012, p. 63.

Provincia de La Pampa), dispuso que el Consejo Provincial de la Mujer podrá constituirse en parte querellante en los procesos particulares[20]. Este avance regulado en el art. 4 de la ley 2655 modificatorio del art. 297 CPP, en su letra y ejecusión deja traslucir que el Consejo de la Mujer Provincial puede participar como querellante pero en representación de dicho consejo -es decir, que como organo dependiente respresenta los intereses de la provincia-, pero no así los intereses y derechos de las mujeres, que continúan sin tener patrocinio letrado, para cumplir con lo que prescribe el art. 102 CPP, y menos aun se atiende a la gratuidad que mandan las normas internacionales y la propia ley 26.485 respecto a promover el acceso a la justicia de colectivos de atención preferencial como es el caso de mujeres y pobres.

Ahora bien, en las Reglas de Brasilia, a las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, adhirió mediante acordada 5/2009[21], se expresa que éstas

> "no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial".

Es por eso que entendemos que el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de La Pampa adhiriendo mediante acordada de Ministros N°3117/2011, se comprometió a garantizar las condiciones de

---

[20] En los casos de a) La muerte dolosa de una mujer y resultare imputado un ascendiente, descendiente, cónyuge o por quien mantenía, al momento del hecho, o hubiera mantenido relación de pareja; b) En todas aquellas causas donde se verifique la muerte dolosa de una mujer, con motivo de la violencia de género; c) En todas aquellas causas en las que se verifique riesgo fehaciente para la vida de una mujer, con motivo de la violencia de género. No será obstáculo para el ejercicio de esta facultad la constitución de parte querellante de aquellas personas a las que se refiere el artículo 88."

[21] CSJN, Acordada 5/2009, Buenos Aires 24/02/09, consultada el día 23 de junio de 2015 y accedido el día 23 de junio de 2015 a través de la web http://seccionlegislacion.blogspot.com.ar/2009/10/ac-52009-csjn-adhesion-reglas-de.html

acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

También se elude la manda constitucional, del art. 75 inc 23

> "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

Pues si bien se legisla y promueven medidas de acción positiva como la de análisis, no esta garantizada de manera efectiva el pleno goce y ejercicio de tales derechos.

En el año en curso, tanto el Ministerio Publico Fiscal como de la Defensa no han resuelto de manera formal, pese a los planteos y requerimientos particulares y propuestas legislativas, en qué órbita y a quién le corresponde la designación de un representante legal para la querella particular sea para casos de violencia contra las mujeres o de cualquier otro grupo vulnerable, quedando a criterio discrecional de la Procuración y para cada caso, cuando un defensor o un fiscal se hará cargo. Pese a esto, a principios de este año la Defensoría General dictó la Resolución N° 1/15 mediante la cual se dispuso implementar un sistema de asistencia a las víctimas que garantice la participación en los legajos que las tienen como afectadas hasta tanto se subsane la situación normativa que les permita ser asistidas gratuitamente por un/a defensor/a oficial para constituirse como querellante particular.

Por otra parte, y en cuanto a la voluntad de proyectar la perspectiva de género en el poder judicial, es importante mencionar la creación de la Oficina de la Mujer y de Violencia Doméstica, en sintonía con la Ley 26.485 a través del acuerdo de Ministros 3351, del 30 de abril pasado y depende del Superior Tribunal de Justicia, cuyo objetivo fundamental es

> "introducir la perspectiva de género en el ámbito judicial. Por un lado, la Oficina de la Mujer se encargará de llevar estadísticas, analizar el lenguaje de las sentencias referidas al tema, trazar un mapa de género dentro del Poder Judicial, dictar talleres y confeccionar un compendio de fallos, leyes y convenios, entre otras cosas. Y, por otro, el área de Violencia Doméstica recibirá denuncias sobre violencia intrafamiliar, redactará informes sobre el eventual riesgo psicosocial y las elevará al Ministerio Público y, además, efectuará un seguimiento de ellas"22.

En la actualidad funciona en forma parcial la Oficina de la Mujer, ya que falta incorporar personal (hay dos asistentes sociales y dos abogadas); mientras que Violencia Doméstica se pondrá en marcha, en lo referido a la atención al público, cuando se conformen los equipos técnicos. Aquí se recibirán denuncias por maltratos, agresiones, cuotas alimentarias, regímenes de visitas y toda cuestión vinculada a las relaciones entre convivientes.

Por último, en el marco del derecho internacional público que se ha desarrollado y en procura de encuadrar este planteo de incumplimiento de normas internacionales, entendemos que se trata de un problema de la no garantía de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos (DDHH), en el sentido que define a estas características Mariano Fernández Valle23. Así, las garantías de indivisibilidad y de interdependencia se vinculan con el hecho de que todos los DDHH tienen la misma jerarquía y deben ser respetados por igual, dado que resultan esenciales para el desarrollo de la vida humana y que la violación de uno de ellos afecta la vigencia de los restantes. Por su parte la progresividad indica que tanto los DDHH como los mecanismos para su realización deben evolucionar de forma

---

[22] CAZENAVE, Marien, Poder Judicial provincia de La Pampa, en Nota Periodística de 18/05/2015, consultada el 10 de junio de 2015 y accedida el 10 d junio de 2015, a través de la web http://www.juslapampa.gov.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=839:qel-objetivo-es-introducir-la-perspectiva-de-generoq&catid=45:interes-general&Itemid=75.

[23] FERNÁNDEZ VALLE, Mariano, El sistema internacional de derechos humanos en clave antidiscriminación: reglas comunes y obligaciones estatales en LACREMPETTE P. Nicole (editora) *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*, ed. Andros Impresores, Santiago de Chile Santa Elena, 1955, p.114/115.

constante. Esta garantía se complementa con aquella que manda a la no regresividad frente a los logros obtenidos.

Por lo tanto y aquí se encuentra la disociación entre teoría y práctica del Estado en la política pública que propone y que no cumple, o que habiendo avanzado en materia legislativa sobre reconocimiento de derechos o medidas de protección de tipo procesales, luego no resultan operativas y menos aún expeditivas, retrotrayéndose en sus pasos y relegando en el acceso a la justicia a esta población o grupo vulnerable.

Existe también el consenso generalizado que el conjunto de derechos que compone dicho catálogo es un mínimo exigible a los Estados, que debe ser ampliado, atendiendo al contexto, los recursos, el capital económico y social, las diferencias entre programas y fuerzas políticas, entre otros.

Es dable mencionar, llegado a esta parte, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), si bien no ha declarado violaciones directas al art. 26 de la Convención Americana de DDHH24, sí ha reafirmado sus competencias para hacerlo, en tanto los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre *todos* sus artículos y disposiciones, en el caso Acevedo Buendía y otros -Cesantes y Jubilados de la Contraloría- vs. Perú[25].

Por todo lo hasta aquí expuesto consideramos que tanto el Estado Provincial como el Municipal incumplen con lo ratificado; no habiendo realizado las gestiones necesarias, y dejando a los colectivos de atención preferencial sin la protección suficiente dado su situación de vulnerabilidad.

---

[24] La Convención Americana de Derechos Humanos, dispone en art. 26 Desarrollo Progresivo: Los estados partes se comprometen a adoptar, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la pena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económica, sociales y sobre educación ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformad por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

[25] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, fallo Acevedo Buendía y otros -Cesantes y Jubilados de la Contraloría- vs. Perú en LACRAMPETTE P. Nicole (editora) *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*, ed. Andros Impresores, Santiago de Chile Santa Elena, 1955, p.117.

## 8. Conclusión

Los derechos, garantías y principios de los instrumentos de derecho internacional que se menciono y desarrollo a lo largo del trabajo rigen también para los procedimientos administrativos, civiles y penales y constituyen estándares mínimos aplicables a todas las jurisdicciones dado su carácter de ley nacional y de orden público.

El acceso a la justicia es una pieza fundamental para las mujeres que sufren violencia en pos de eliminarla y es por ello que la alfabetización jurídica de las mismas, como así una capacitación y concientización de los operadores de justicia, el trato cordial, y el trabajo interdisciplinario se transforman en herramientas indispensables para lograrlo.

El sistema judicial se debe configurar, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho, ello implica para la población de dicha jurisdicción una violencia institucional de parte de los poderes del Estado que no legislaron y no crearon los institutos necesarios, como del poder judicial especialmente que ante las inequidades y falencias que demuestra el sistema no ha impulsado propuestas de reformas legislativas o salvoconductos procesales.

Debe quedar claro que no se puede pretender enfrentar el problema de violencia de género únicamente mediante la sanción de nuevas leyes, pues la ley resulta un instrumento que debe utilizarse en un contexto de intervención social del Estado, de una política pública de prevención y erradicación de la violencia de género. La complejidad de la problemática hace que se requiera de una política social activa.

Siguiendo a Haydée Birgin y Beatríz Kohen[26], coincidimos en que el acceso a la justicia para el ejercicio y defensa de los derechos y libertades, es un derecho humano fundamental, en un sistema legal

---

[26] BIRGIN, Haydé y KOHEN, Beatriz compiladoras, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas,* Biblos, Buenos Aires, 2008.

moderno e igualitario que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar, los derechos de todos. Cuando otros derechos son violados constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y para garantizar la igualdad ante la ley.

# LA TRATA DE PERSONAS Y EL ROL DE LA SOCIEDAD

*Daniela Allende*[•] *y Rodrigo Villa* [*]

## 1. Introducción

El presente trabajo propone dar a conocer y concientizar acerca de este fenómeno tan polémico que viene golpeando nuestra sociedad desde antaño, con el fin de fomentar el rol activo de todos los ciudadanos de nuestra República y a este respecto, fortalecer las acciones de prevención y combate a la trata de mujeres, adolescentes, niños y niñas, así como el desarrollo de respuestas efectivas e integrales a nivel nacional e internacional para atender esta problemática.

La trata de personas es un delito con terribles consecuencias, considerado como una modalidad contemporánea de esclavitud y como una forma extrema de violencia contra mujeres y niños que viola sus derechos humanos fundamentales.

### 1. 1. Breve evolución histórica de la problemática

Durante la época colonial mujeres y niñas, particularmente africanas e indígenas, eran desarraigadas de sus lugares de origen y comerciadas como mano de obra, servidumbre y/o como objetos sexuales.

---

[•] Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de La Pampa
[*] Abogado egresado de la Universidad Nacional de La Pampa.

Pero la trata como problema social comenzó a reconocerse a fines del siglo XIX e inicios del XX a través de lo que se denominó "Trata de Blancas", concepto que se utilizaba para hacer referencia a la movilidad y comercio de mujeres blancas, europeas y americanas, para servir como prostitutas o concubinas generalmente en países árabes, africanos o asiáticos.

En ese momento surgieron las primeras hipótesis en torno a que dichos movimientos eran producto de secuestros, engaños y coacciones sobre mujeres inocentes y vulnerables con el objeto de explotarlas sexualmente.

Los discursos sobre la "trata de blancas" fueron utilizados y hasta cierto punto monopolizados por el movimiento abolicionista de la prostitución, cuya lucha se centraba en su erradicación al considerarla una forma de esclavitud de la mujer.

Sus acciones se cristalizaron en la agenda mundial a través de diversos acuerdos internacionales para la supresión de la Trata desarrollados desde 1904 y hasta 1949, año en que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Convenio para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena.

Al inicio de la década de los 80, después de varios años de silencio, los discursos sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual volvieron a tomar fuerza entre distintos sectores nacionales y supranacionales, debido entre otras razones, al incremento de la migración femenina trasnacional que se venía gestando desde fines de los años 70, dentro de la cual parece aumentar, o al menos hacerse más evidente, la incidencia de este fenómeno en casi todas las regiones del mundo y en muy diversas modalidades.

De esta manera la antigua definición de trata de blancas quedó en desuso por no corresponder ya a las realidades de desplazamiento y comercio de personas y tampoco a la naturaleza y dimensiones de los abusos inherentes a este flagelo.

En esa época, se comenzó a utilizar el término "tráfico humano" o "tráfico de personas" para referirse al comercio internacional de mujeres y personas menores de edad, sin todavía alcanzarse una definición o concepto consensuado sobre este fenómeno.

"Tráfico de personas" era la traducción textual al castellano del término "trafficking in persons" de los textos en inglés, los cuales fueron traducidos e introducidos a Latinoamérica.

No fue hasta finalizar el siglo XX que la comunidad internacional logró establecer una definición más precisa de la trata de personas.

El aumento en el número de casos, así como su expansión en áreas que anteriormente no parecían verse tan afectadas, responde en parte a factores como la globalización, que ha facilitado las comunicaciones y el acceso a la información.

Pero también a las profundas dificultades económicas que enfrentan muchos países –en especial las naciones en desarrollo y las economías en transición, como es el caso de Argentina- y su consiguiente inestabilidad socioeconómica, lo que tiende a producir circunstancias de "expulsión" como el desempleo y/o empleos mal remunerados, falta de oportunidades educativas de desarrollo social, así como las limitadas posibilidades de acceso a los servicios de salud y educación.

A ellos se suman los cada vez mayores obstáculos a la migración regular y la existencia de conflictos armados, sean estos nacionales o regionales.

La trata de mujeres debe entenderse en el amplio contexto de desigualdad y violencia estructural a las que están sujetas.

En general las mujeres se ven más afectadas por la violencia y la discriminación de género en la educación, inequidad laboral, caracterizada por la segregación ocupacional y una representación desproporcionada en los sectores informales de empleo.

Todo ello trae como consecuencia una enorme vulnerabilidad y una marcada inseguridad económica, con una tendencia a migrar generalmente de forma irregular, a pesar de los riesgos que esto conlleva.

Actualmente, la trata responde a una amplia demanda internacional, ya que muchas mujeres y adolescentes latinoamericanas son conducidas con engaño y falsas promesas de empleo a los grandes centros económicos como Estados Unidos, España, Holanda, Alemania, Israel, Japón, entre otros. Obviamente sin desconocer que también Argentina es un país de origen, tránsito y destino.

Otra modalidad que se está implementando en América Latina es la adopción de niños y niñas, a través de mecanismos de adopción simulada. La víctima entra legalmente al país pero su "padre" la somete a condiciones de trabajo abusivas o a explotación sexual[1].

## 1. 2. Qué es la trata de personas

Su definición podemos encontrarla tanto en el "Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños", como en la Ley Nacional 26.842 de Trata de Personas, a saber:

| *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* | *Ley Nacional 26.842 de Trata de Personas* |
|---|---|
| Para los fines del presente Protocolo:<br><br>a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;<br><br>b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;<br><br>c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines | Se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países.<br><br>A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas:<br><br>a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad;<br><br>b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;<br><br>c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos;<br><br>d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido; |

[1] CHIAROTT, Susana, "La trata de mujeres: sus conexiones y desconexiones con la migración y los derechos humanos", Naciones Unidas, Santiago de Chile 2003.

| | |
|---|---|
| de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;<br><br>d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años. | e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho;<br><br>f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.<br><br>El consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores. |

Como podemos ver, si bien ambos textos son coincidentes en cuanto a sus preceptos, cabe advertir una diferencia notoria e importante en cuanto la *Ley 26842* establece que en ningún caso el consentimiento de la víctima puede ser causal de eximición de responsabilidad; mientras que el *Protocolo* establece que el consentimiento no se tendrá en cuenta sólo en los casos de amenaza o uso de la fuerza, otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

Creemos que el Protocolo ha utilizado una técnica legislativa deficiente dado que no tiene sentido hablar del *"consentimiento dado por la víctima de la trata de personas"*, pues resulta obvio que para configurarse una situación de trata deben existir indispensablemente los medios comisivos ilícitos, frente a los cuales, inherentes a la figura delictiva, no puede sostenerse un consentimiento válido.

Cuando el Protocolo establece que por trata de personas *"se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a (...)"*, y enumera luego los medios comisivos, resulta evidente que estos últimos integran la descripción del tipo creado para reprimir el delito. Si en un caso no pudiese probarse la existencia de alguno de esos medios comisivos ilícitos deberíamos descartar la posibilidad de invocar una situación de "trata" y, consecuentemente, tampoco podríamos hablar de "víctima de trata".

Para que un consentimiento sea válido y eficaz tiene que ser libre y voluntario, otorgado por una persona capaz y en pleno uso y libre ejercicio de sus facultades mentales, circunstancias que no se presentan en la descripción del tipo penal analizado.

Cuando se habla de trata para la explotación sexual el énfasis se pone en la coacción directa y en la no voluntariedad de la situación. La trata se organiza para la explotación de la prostitución ajena, el objeto de esa explotación son los cuerpos de mujeres, niñas y adolescentes; siendo el género estructurante (hay abrumadoramente más mujeres que varones).

Lo que se muestra y pone en cuestión en nuestro país son las formas violentas de dominio, más que el dominio en sí.

Hay que tener presente que esto se origina por un deseo sexual masculino (deseo sexual de dominación) que se "calma" o alivia con la trata o prostitución, conservando a la vez la pureza y virginidad de otras mujeres destinadas al matrimonio y a la progenie legítima.

Mediante el comercio sexual el varón compra derecho a dominar. El proxeneta es quien le vende el derecho de dominio temporal o permanente sobre una mujer, que es de su propiedad o está bajo su órbita.

Carole Pateman (1995) sostiene que "el acto fundante de lo social es la violación y apropiación de las mujeres por parte del patriarca. Este pacto entre varones puede verse simultáneamente como un pacto de dominación y de distribución de las mujeres, que han dejado de ser propiedad del patriarca para ser, globalmente, propiedad de los varones".

También debemos apuntar que la trata sexual configura un problema de derechos humanos y una manifestación de la persistente desigualdad entre los sexos y de la condición de subordinación de la mujer a escala mundial.

Se observa un marcado recurso a la violencia, tanto por parte de sus traficantes o captores como de sus abusadores o "clientes": amenazas, violaciones masivas como forma de iniciación, intimidaciones, torturas físicas (golpes, ataduras, vejaciones con objetos, quemaduras de cigarrillos, etc.) y psicológicas (confinamiento en lugares enrejados y con custodia en las puertas de acceso, vigilancia constante, control de comunicaciones telefónicas, entre otros).

De esta actividad delictiva no sólo se benefician los implicados de manera directa (traficantes, proxenetas, regenteadores de prostíbulos y otros intermediarios) sino también los medios de comunicación a través de los cuales se convoca a la "clientela". También policías que reciben coimas o servicios gratuitos por brindar seguridad para la comisión de este delito, y es de suponer que la existencia de estos recintos funcione con la anuencia de inspectores, intendentes y otras autoridades que también obtienen beneficios.

## 1.3. La trata, su estado actual

Las políticas públicas de todos los países no suelen desalentar la demanda de sexo; solo se limitan a tratar de disuadir y perseguir a los explotadores pero no hay ninguna acción económica, educativa, ninguna *política cultural* tendiente a modificar la cultura de la trata de mujeres, niñas y niños.

Las sociedades y la cultura no cuestionan la trata con fines de explotación. Si no hubiera demanda no existiría la oferta de los cuerpos para usos sexuales y tampoco esa demanda tendría posibilidades de subsistir sin una tácita aceptación del derecho de los varones a convertir a semejantes en no sujetos, por más que la socialización de este intercambio se legitima a menudo como un intercambio de placer por dinero. Pensarlo como un intercambio entre iguales constituye notoriamente una ficción que naturaliza y reproduce las prácticas.

La trata y la prostitución se encuentran estrechamente relacionadas. Cuando se las diferencia es para adjudicarle a cada una motivación distinta.

El reclutamiento de mujeres ya sea para la trata con fines de explotación sexual o para la prostitución, muestra diferentes modos de ingresar al sistema, a través de una negación de las condiciones humanas de estas mujeres.

Es así que la legalización o despenalización de la prostitución es un regalo para los proxenetas, los traficantes y la industria del sexo. Convierte a los prostíbulos, clubes, salones de masaje y a los otros lugares donde se ejerce la prostitución en locales legítimos donde se

permite que el comercio del sexo prospere en forma legal y con pocas restricciones[2].

También fomenta el aumento de la demanda de estas prácticas. Incentiva a los hombres a comprar mujeres por sexo en un entorno social más permisible y de mayor aceptabilidad. Y cuando las barreras legales desaparecen, también lo hacen las sociales y éticas con respecto al hecho de considerar a las personas como productos; ahí es cuando comienza el tráfico de personas.

En la actualidad nuevas estrategias, como las publicidades, nuevos packagings, ambientaciones y accesorios eróticos, alimentan el consumismo del sexo a cambio de dinero. Aportan mayor amplitud de elección a quienes disponen de dinero suficiente para consumos más sofisticados. El poder del dinero permite acceder a llegar a lugares donde la explotación esté más disimulada[3].

De todos modos, en el mercado hay para todos, incluso para los de menor poder adquisitivo. Es este caso se puede acceder a aquellas mujeres cuyos cuerpos se deterioraron por el paso del tiempo.

Según Axel Honneth la "contemplación" e "indolencia" son los conceptos que se han instalado en las sociedades actuales. El nivel de accionar social es bajo, el sujeto ya no participa activamente en las acciones que tienen lugar en su entorno, sino que solo se limita a realizar una observación paciente y pasiva, así como a ser inmune afectivamente por lo que acontece a su alrededor[4].

La realidad de la explotación a la que son sometidas las mujeres no escapa a quienes pagan por sexo. Saben que existe pero pueden ignorarlo. Las personas que no lo han visto, lo han escuchado.

---

[2] RAYMOND, Janice G, "Ten Reasons for Not Legalizing Prostitution and a Legal Response to the Demand for Prostitution"(Diez Razones para NO legalizar la Prostitución), publicado en Journal of Trauma Práctica , 2 , 2003 : pp. 315-332 , y en www.catwinternational.org, consultado el 25 de noviembre de 2014, accedido el 25 de noviembre de 2014 en http://www.catwinternational.org/Home/Article/41-ten-reasons-for-not-legalizing-prostitution.

[3] En el Estado español, la prensa mas "formal" dedica el 60% de sus anuncios clasificados a la publicidad "relax", que son las páginas más rentables económicamente. Cf. AGIRRE, Mikel Agirregabiria, "Prostitución y Prensa", publicado el 25 de noviembre de 2003 en www.rebelión.org, consultado el 17 de octubre de 2014, accedido el 17 de octubre de 2014 en http://www.rebelion.org/hemeroteca/medios/031125agirre.htm.

[4] HONNETH, Axel, *Reitificación, Un estudio en la Teoría del Reconocimiento*, 2007, p. 29.

Por su parte la socióloga, escritora y profesora neerlandesa Saskia Sassen no visualiza un futuro alentador. Sostiene que el crimen organizado en el mercado sexual, la formación de redes étnicas transfronterizas y la creciente transnacionalización, como aspectos del turismo, sugieren que probablemente veamos un desarrollo futuro de una industria del sexo global.

Esto puede significar mayores intentos por entrar una mayor cantidad de mercados, y una expansión general de la industria. Es una posibilidad latente por el contexto del creciente número de mujeres con pocas o ninguna opción de empleo, alto nivel mundial de pobreza, y el creciente peso de la deuda de los gobiernos tornándolos incapaces de proveer servicios sociales y contención para las personas y sectores vulnerados[5].

## 2. Análisis de la problemática

### 2. 1. Promoción, prevención y protección de la trata de personas

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, a través de su articulado, pone énfasis en estas cuestiones y insta a los Estados y a la sociedad civil a involucrarse activamente en el delito que estamos desarrollando.

Tal es así que establece que los Estados Parte establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a prevenir y combatir la trata de personas; y a proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización.

También prescribe que los Estados deberán aplicar medidas tales como actividades de investigación y campañas de información y difusión, así como iniciativas sociales y económicas, con miras a

---

[5] SASSEN, Saskia, "Contrageografías de la globalización. La feminización de la supervivencia", en *Travesías*, 2002, p.10.

prevenir y combatir la trata de personas; y las mismas deberán incluir, cuando proceda, la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y otros sectores de la sociedad civil.

Asimismo cada Estado Parte del Protocolo considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, sicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y suministrar alojamiento adecuado; asesoramiento e información, asistencia médica, sicológica y material; y oportunidades de empleo, educación y capacitación, etcétera.

Siguiendo con el análisis, María Lourdes Molina, Alejandra Barbich y Marta Fontenla en su libro "Explotación Sexual – Evaluación y Tratamiento" distinguen diferentes niveles de intervención referidos a la prevención, el tratamiento y la reducción del daño de las víctimas pretendiendo lograr una desarticulación de los circuitos que vulneran a las personas[6].

Establecen que los daños irreparables que generan las condiciones de explotación y la trata en las víctimas restringen e imposibilitan la búsqueda de ayuda y de denuncia de su situación. Explicitan que este escenario de indefensión y vulnerabilidad sólo puede ser comprendido a partir de la concientización de todas las personas, con la estrecha articulación entre los actores que facilitan la visibilización y eliminación de la explotación y la trata con fines sexuales.

Creen, al igual que nosotros, que sólo se podrán implementar acciones y medidas eficaces para investigar y condenar estos delitos con la responsabilidad y compromiso de los distintos componentes de la sociedad civil, organismos gubernamentales y no gubernamentales.

La lucha por la evolución legislativa y por el cumplimiento de las leyes, deben ir necesariamente y primordialmente acompañadas de una política social que garantice la creación de equipos de apoyo y tratamiento, en consonancia con las necesidades de las víctimas. De este modo es prioritario y urgente desarrollar modalidades de intervención de asistencia directa a las víctimas.

---

[6] MOLINA, María Lourdes, BARBICH, Alejandra, FONTENLA, Marta, "Explotación sexual, Evaluación y Tratamiento", 2010, p. 159.

## 2. 2. Niveles de intervención

### 2. 2. 1. Fortalecimiento Institucional a Nivel Nacional:

Se hace necesario fijar las prioridades en cuanto a la prevención y estrategia de cambio social.

- *Acciones de Sensibilización*: Crear una cultura de rechazo social y de denuncia a través de campañas de comunicación y sensibilización del problema. Promoción de debates públicos que involucren a los medios de comunicación y creadores de opinión pública. Implementación de talleres de reflexión, capacitación y la asistencia técnica a sectores claves para detener y erradicar ese flagelo.

- *Elaborar y ejecutar políticas públicas* con planes de acción que implementen a través de programas específicos. Es fundamental desnaturalizar las prácticas, poniendo en evidencia las construcciones culturales y mostrando como sirven al ejercicio de poderes abusivos. En este sentido resultan fundamentales las discusiones políticas y estratégicas de intervención contra la explotación sexual en general, que se enmarquen en una política integral.

Hay que admitir que muchas políticas sociales implementadas han fracasado y hasta han llegado a tener un efecto contraproducente. Esto se debe, según Mario Bunge, a que han sido mal implementadas, o las circunstancias que motivaron las mismas han cambiado[7].

Esto se desprende que es fundamental entrecruzar las diferentes disciplinas que se ocupan de las temáticas en que se fundan las políticas sociales. Estas serían de contenidos políticos, socioeconómicos, morales y filosóficos.

Una política social progresista y eficaz debe fundarse sobre principios que atiendan a las necesidades básicas y a los deseos legítimos de la población.

---

[7] BUNGE, Mario, *Sistemas Sociales y Filosofía*, Sudamérica, Buenos Aires, 1999, pág. 75.

- *Mejorar la legislación nacional* de tal manera que posibilite una prevención del delito, facilite el acceso a la justicia y brinde reales condiciones de seguridad efectiva.

- *Creación de modelos piloto de atención directa* en comunidades para la prevención y erradicación de esta problemática, y para la protección y atención integral directa de las víctimas.

La prevención y el tratamiento de las distintas formas de violencia, en particular el abuso sexual, constituyen una de las formas privilegiadas para evitar y reducir la trata.

- *Formación especializada*: Contar con herramientas especializadas facilita el reconocimiento de la problemática, la evaluación de las necesidades de cada caso en particular y el conocimiento de los recursos institucionales más adecuados a la realidad social.

Resulta fundamental y primordial la capacitación pertinente sobre el fenómeno a los cuerpos de policía, ministerios públicos y agentes migratorios, al ser estos el primer contacto que tiene la víctima al salir de un proceso de trata.

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños también habla del intercambio de información y capacitación, al expresar que los Estados Parte impartirán y/o reforzarán a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como a los de inmigración y a otros funcionarios pertinentes, capacitación en la prevención de la trata de personas.

Ésta deberá centrarse en los métodos aplicados para prevenir dicha trata, enjuiciar a los traficantes y proteger los derechos de las víctimas, incluida la protección de las víctimas frente a los traficantes.

La capacitación también deberá tener en cuenta la necesidad de considerar los derechos humanos y las cuestiones relativas al niño y a la mujer, así como fomentar la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil.

- *Crear estructuras capaces de brindar apoyo inmediato:* En este sentido un albergue o alojamiento seguro y adecuado capaz de cubrir las necesidades físicas de las víctimas es fundamental. Es importante hacer conciencia que una persona que ha estado sometida a la trata, más allá de su estatus migratorio, es una víctima y no un delincuente

por lo que bajo ninguna circunstancia debe ser recluida en centros de detención (ya sea de tipo policial o para migrantes) o refugios para indigentes, pues esto puede contribuir al agravamiento de su situación física y emocional.

- *Desarrollo de registros, estudios e investigaciones:* La problemática es tan compleja que dificulta los registros pero no deben descartarse.

La realización de estudios e investigaciones en torno a las redes de trata y explotación, los recursos destinados a estas problemáticas, los perfiles de los clientes, son algunos de los tópicos a trabajar en coordinación con distintas áreas de gobierno y organizaciones de la sociedad civil comprometidas en la cuestión.

- *Brindar asistencia médica, psicológica e incluso, de ser posible, acompañamiento* durante un periodo de "reflexión y estabilización" previo a iniciar cualquier proceso de tipo judicial.

- *Regularización de su situación migratoria.* Las víctimas de trata de personas no deben ser detenidas, acusadas ni procesadas por haber estado o residir de manera irregular en los países de tránsito y destino, ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de persona abusada y maltratada o de su condición de víctima.

- *Las niñas, los niños y adolescentes que sean víctima de trata de personas deben ser identificados como tales.* Sus intereses han de tener una consideración primordial en todo momento. En este sentido lo ideal es proporcionar asistencia y atención adecuadas a su edad tomando en cuenta su vulnerabilidad, sus derechos humanos y sus necesidades específicas.

- *Promover programas de reintegración social*, sea en el país de destino, establecimiento en un tercer país o bien, retorno y reintegración en el lugar de origen. Para ello siempre debe considerarse el consentimiento pleno e informado de la persona que ha sido víctima de trata y haciendo una evaluación de riesgos reales y potenciales en cada caso individual. De hecho, los planes de reintegración sostenibles que incluyan alternativas de vida y minimicen el riesgo de estigmatización y re-victimización, son una vía efectiva para combatir la trata de personas.

### 2. 2. 2. Trabajo en Red

Las acciones fundamentales contra la trata y la explotación sexual de niñas, niños, adolescentes y adultos son la prevención y el tratamiento a nivel comunitario[8]. Desde ya que la intervención comunitaria no excluye el necesario accionar de las fuerzas de seguridad, teniendo un rol indelegable en el resguardo y protección de las personas.

Entre las instituciones mas aptas para realizar las tareas de prevención se encuentran los establecimientos educativos. Ellos influyen en la problemática cuando no permiten que niñas, niños y adolescentes se matriculen por carecer de ciertos requisitos.

Sumado a ello, en muchas regiones los hogares se encuentran muy alejados de los establecimientos educativos dificultando, además de la falta o insuficiencia de recursos entre otros factores, la inclusión en el ámbito educativo.

Vale reconocer que en los últimos años el sistema escolar ha variado positivamente, logrando una real preocupación por los malos tratos y abusos de diversa índole que sufre este sector de la sociedad.

Otras instituciones fundamentales son los centros de salud que se encuentran en los barrios y zonas periféricas de las ciudades; no obstante la poca especialización con la que cuentan los profesionales que trabajan en ellos es preocupante.

La psicóloga venezolana Maritza Montero desarrolla los conceptos sobre los cuales pretende lograr un fortalecimiento de la comunidad[9]:

*Participación:* Es el elemento fundamental que permite que todas las demás características puedan desarrollarse, ampliarse, profundizarse, o alcanzarse.

Luego aparece la *Conciencia.* Montero explica que "*Concierne a los procesos de movilización de la conciencia que implican desideologización, desalienación, desarrollo de la crítica y comprensión del carácter histórico de los fenómenos comunitarios*".

---

[8] BARUDY, Jorge, "El dolor invisible de la infancia", Barcelona, Paidós, 1998.

[9] MONTERO, Maritza, "Teoría y práctica de la psicóloga comunitaria. La tensión entre comunidad y sociedad", Buenos Aires, Barcelona, México, Paidós. 2003, págs.. 66-67.

*Poder*: Se circunscribe al poder social que puede ejercer la sociedad como tal.

*Politización*: El fortalecimiento y todos los procesos que implican llevan al desarrollo de la ciudadanía y de la sociedad civil.

*Autogestión:* Entendida como la autonomía de las acciones y en la toma de decisiones concernientes a la comunidad, autosuficiencia en la organización comunitaria, confianza en sí mismos de los miembros de la comunidad, sentimiento de seguridad como ciudadanos.

*Compromiso:* Sentimiento de apego y obligación para con la comunidad.

*Desarrollo y expresión concreta de capacidades individuales:* Que los miembros de una comunidad desarrollen formas de orientación cognoscitiva positiva respecto de las acciones e intereses comunitarios, desarrollo de recursos, mejoramientos, manejos de la tensión social, sentido de competencia, capacidad para plantear estrategias y soluciones.

*Identidad social:* Genera valores y creencias que desarrollan y reivindican otros desarrollados históricamente.

Maritza Montero sostiene que el principio de la psicología social comunitaria es que el poder y el control deben estar orientados y centrados en la comunidad. El objetivo de esta disciplina es catalizar la organización y las acciones necesarias para que la comunidad use sus recursos, reconozca y emplee el poder que tiene, o bien busque otros recursos y desarrolle nuevas capacidades, generando así el proceso desde sí misma.

Para esto es necesario transmitir el conocimiento necesario a los actores de la comunidad que se encuentran involucrados en responder a las necesidades de las víctimas. La sociedad, en forma organizada, puede hacerlo y exigir al Estado que se comprometa en la asistencia de víctimas y familiares.

Los Estados, de hecho, están obligados a garantizar a las víctimas de explotación la protección y promoción (entre otras) de medidas relacionadas con el principio de no discriminación, el principio de seguridad y trato justo, el de acceso a la justicia, el acceso a la acción civil e indemnización por parte de los tratantes, el acceso a un régimen de residencia, el acceso a la salud y otros servicios sociales, la posibilidad de repatriación y reintegración a sus hogares

con garantías de seguridad, otorgamiento de recursos para facilitar su recuperación, y el principio de cooperación intergubernamental[10].

## 2. 3. Rol de la sociedad civil

La participación de la sociedad civil es, como principio fundamental, un componente esencial de todo enfoque integral de la lucha contra la trata de personas.

Las organizaciones de la sociedad civil apoyan esa lucha a diversos niveles y despliegan una amplia diversidad de actividades, entre ellas la de *sensibilización*, informando al público acerca de determinadas cuestiones; la de *promoción,* influyendo en la opinión pública respecto de temas concretos; la de *vigilancia* evaluando los progresos realizados en el cumplimiento de los compromisos contraídos por otros interesados; la *investigativa* realizando reuniones y analizando de datos; creación de *Redes* ocupándose de la coordinación y asociación con otras organizaciones de la sociedad civil activas en esa esfera; brindando *servicios directos* a través de la asistencia a las víctimas mediante apoyo médico, psicológico y jurídico; y *formulando políticas* que influyen en las nacionales e internacionales en materia de trata de personas.

La sociedad civil es un asociado fundamental en todas las iniciativas de prevención, protección y enjuiciamiento.

Las organizaciones de la sociedad civil ayudan a los gobiernos a identificar las víctimas de la trata y les ofrecen servicios directos como asistencia jurídica, atención médica y ayuda psicológica a lo largo de las actuaciones judiciales; pueden contribuir asimismo a un proceso digno de repatriación (cuando tal es el deseo de la víctima) y reinserción, o de integración en la nueva sociedad cuando se otorga a la víctima la condición de residente.

Conforme lo analizado anteriormente en el presente trabajo, el Protocolo contra la trata de personas, en su arts. 6[11] y 9[12], obliga a los

---

[10] "Normas fundamentales de derechos humanos para el trato de víctimas de la trata de personas, 1999" en Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas, Bogotá, Alianza Global contra la Trata de Mujeres, 3ra. Edición, 2004.

Estados Partes a cooperar con las organizaciones no gubernamentales en la adopción de medidas de prevención para combatir la trata y de medidas de asistencia y protección.

Para poder funcionar eficazmente, la sociedad civil necesita un margen de acción y el apoyo de los gobiernos. Se requiere que los legisladores expresen su compromiso de fortalecer a la sociedad civil a nivel nacional e internacional, a fin de crear un marco en el que las ONG y las asociaciones de la sociedad civil puedan florecer y realizar sus programas en forma sostenible.

Es deber de los legisladores garantizar y alentar la participación de la sociedad civil no sólo mediante su inclusión en las políticas de lucha contra la trata, sino también mediante la asignación de financiación adecuada y suficiente para lograrlo.

### 2. 3. 1. Componente estructural de la sociedad civil

El concepto de sociedad civil se puede dividir en sentido amplio en dos componentes principales: uno estructural y otro público.

El componente estructural es el que conforman las propias ONG e incluye entidades de ámbito local, nacional e internacional, y el componente público representa al público en general.

Hay dos modelos principales para dar participación a las organizaciones de la sociedad civil en las iniciativas de los gobiernos para combatir la trata de personas: el "modelo de representación" y el "modelo de consulta".

---

[11] "Cada Estado parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil."

[12] Las políticas, los programas y demás medidas que se adopten de conformidad con el presente artículo, incluirán cuando proceda, la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y otros sectores de la sociedad civil."

### 2. 3. 1. 1. Modelo de representación

El modelo de representación, que es el modelo más inclusivo para lograr la plena participación de las organizaciones de la sociedad civil en las iniciativas gubernamentales de lucha contra la trata de personas, conlleva la inclusión de representantes de las ONG pertinentes en un órgano interinstitucional de ámbito nacional al que se confía la aplicación de las políticas de lucha contra la trata.

Es necesario hacer mención que la Ley Nacional 26.842 de Trata de Personas crea el Consejo Federal para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas. Establece, en su artículo 18, que el mismo funcionará dentro del ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros, con el fin de constituir un ámbito permanente de acción y coordinación institucional para el seguimiento de todos los temas vinculados a la ley, contará con autonomía funcional, y estará integrado por, entre otros, tres representantes de organizaciones no gubernamentales.

A tal efecto el art. 19 de la norma legal citada establece que se creará un registro en el que se inscribirán las organizaciones no gubernamentales de Derechos Humanos o con actividad específica en el tema, que acrediten personería jurídica vigente y una existencia no menor a tres años.

### 2. 3. 1. 2. Modelo de consulta

Con arreglo al modelo de consulta, en cambio, se da a las ONG una participación de índole consultiva, en representación de una entidad gubernamental a la que se haya confiado la aplicación de las políticas de lucha contra la trata.

Los representantes de las organizaciones de la sociedad civil que se ocupan de la cuestión de la trata de personas serán, de acuerdo con el mandato legal recibido, contratados regularmente por el gobierno en calidad de consultores.

Esa tarea puede incluir la presentación de testimonios por esas organizaciones en el marco de audiencias parlamentarias realizadas con el propósito de formular y precisar las políticas pertinentes, la inclusión de dichas organizaciones en calidad de consultoras en las

investigaciones y análisis realizados por el Parlamento o su contratación como expertos independientes en la evaluación de dichas políticas.

Además, los legisladores pueden disponer que el gobierno consulte a dichas organizaciones en la reunión de información y la aplicación de políticas, ya que las organizaciones de la sociedad civil a menudo poseen el mejor y más completo conocimiento de las necesidades reales de las víctimas y de los sectores vulnerables de la población.

### 2. 3. 2. Componente público de la sociedad civil

La participación pública en la lucha contra la trata de personas es fundamental. En primer lugar, la sensibilidad e interés públicos son importantes para exigir cuentas al gobierno.

En segundo lugar, el público, y en especial los miembros de las comunidades más vulnerables a la trata, deben tener voz en la formulación de políticas de prevención por parte del gobierno. Los parlamentarios, como representantes del pueblo, están en una posición privilegiada para llegar a su electorado e inferir qué políticas serían más eficaces para paliar las causas de la vulnerabilidad.

Además, el ciudadano privado, puesto que pertenece a las comunidades en las que se encuentran las víctimas de la trata, puede jugar también un importante papel en ayudar a identificarlas cuando conoce el problema y tiene interés en su solución.

Es tarea de todos las personas que habitamos el mundo lograr un profundo cambio cultural, a través de la educación y la concientización, de forma tal que no quepa otro sentimiento que el rechazo al tráfico de personas, a la prostitución, y a cualquier forma de dominación sobre mujeres, niñas y adolescentes.

Participación del público en las iniciativas de lucha contra la trata de personas:

A diferencia de otras legislaciones del derecho comparado[13], la legislación argentina no prevé posibilidades concretas y directas para que se posibiliten iniciativas de la sociedad civil contra la trata de personas.

Si bien nuestra Constitución Nacional en su art. 39 anuncia que los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados, a párrafo seguido establece la limitación de que no podrán ser objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

## 3. Conclusión

En la trata están condensadas todas las violaciones de los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes como tales (derecho a la libertad, derecho a no ser explotadas, derecho a la vida, entre otros). Las personas son tratadas como una mercancía, una "industria", donde todos podemos ser víctimas.

El derecho humano afectado realmente es la integridad sexual, ya que hay un quiebre, una disociación entre la actividad corpórea y el deseo anímico.

La visibilización de esta problemática es la única vía posible para comenzar a pelear contra este flagelo, siendo fundamental instalar el debate para que este delito sea una preocupación social en la realidad; ya que esta actividad se desarrolla en todas partes del globo, involucrando a personas que integran el tejido social de nuestras comunidades.

En el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, los Estados establecen que para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, se requiere un enfoque amplio e internacional en los países

[13] "El público participa mediante la ayuda que presta a la tarea de prevenir y combatir el delito de trata de personas. La participación pública [....] se logra mediante el suministro de información o la denuncia del delito de la trata a las autoridades de represión", Indonesia, Ley sobre la lucha contra el delito de trata de personas de 2007, artículo 46.

de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos.

También especifican que hay que tener en cuenta que, si bien existe una gran variedad de instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas y medidas prácticas para combatir la explotación de las personas, no hay ningún instrumento universal que aborde todos los aspectos de la trata de personas.

Es por ello que creemos que todos debemos tomar cartas en el asunto y preguntarnos cuál es nuestra responsabilidad.

La principal responsabilidad es la del Estado ya que, tal como se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo, le corresponde a él actuar de manera activa a través de la creación de programas que promuevan la eliminación de este flagelo, a través de una vocación política que permita desmontar las redes de prostitución, y brindarle a las víctimas asistencia integral.

A pesar de lo dicho no ha habido, hasta el momento, grandes avances en materia de prevención ni de asistencia a las víctimas y los esfuerzos institucionales siguen siendo aislados.

Hay que concientizar a la población sobre cómo, dónde y con qué medios operan los explotadores, dedicados en su mayoría a reclutar a mujeres para su explotación sexual; y brindar una atención integral y herramientas de reintegración social y capacitación laboral a las víctimas que son rescatadas de las redes para posibilitar su reinserción imposibilitando que vuelvan a caer en manos de sus tratantes. Esto debe ser una de las prioridades del Estado para combatir este mal llamado “mercado del sexo”.

Las Naciones Unidas, al hablar de la eliminación de la demanda de mujeres y niñas que son objeto de trata con fines de explotación, instan a los Estados a que adopten todas las medidas apropiadas para eliminar la demanda de mujeres y niñas que son objeto de trata con todos los fines de explotación; adopten o refuercen y hagan cumplir las medidas legislativas y de otra índole, como medidas educacionales, sociales y culturales, para disuadir a los explotadores y eliminar la

demanda que propicia la trata de mujeres y niñas con todos los fines de explotación[14].

También instan a los gobiernos y a la sociedad civil a que adopten medidas apropiadas para elevar el nivel de conciencia del público respecto de la cuestión de la trata de personas, en particular de mujeres y niñas, incluso para abordar el aspecto del problema relacionado con la demanda, dar a conocer las leyes, reglamentos y sanciones que se aplican, y subrayar que la trata es un delito, a fin de eliminar la demanda de mujeres y niñas que son objeto de trata, incluso por parte de quienes practican el turismo sexual.

El Protocolo contra la trata de personas estipula que los Estados parte deben cooperar con las organizaciones no gubernamentales en la adopción de medidas de prevención para combatir la trata y de medidas de asistencia y protección.

Otra manera de acabar con la violencia y explotación es con mucha organización de las mujeres, creando una organización que defienda, sensibilice, desnaturalice prejuicios, agregue autoestima, confianza y que reconozca los derechos conquistados.

Es bueno destacar que en las últimas décadas la disputa de las mujeres ha sido sostenida, y se han logrado triunfos importantes. Uno de ellos es la punibilidad de los dominios violentos sobre el cuerpo de las mujeres; ya que como los cuerpos de los varones, los cuerpos de las mujeres también tienen derecho a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la resistencia a la opresión[15].

AMMAR (Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina)[16] propone el reconocimiento expreso en la Ley de Trata a que las organizaciones sociales puedan constituirse en parte querellante (sólo en causas de derechos humanos se les permite a las organizaciones sociales ser querellantes), ya que la mayoría de las veces las mujeres víctimas de este delito, o sus familiares tienen temor de iniciar una causa y por eso cae la persecución penal al tratante.

---

[14] Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, Resolución 49/2, marzo 2005.

[15] PACECCA, María Inés, II Congreso Internacional y IV Congreso Nacional sobre derechos humanos de las mujeres, realizados por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), La Plata, 24 de junio de 2008.

[16] Es un sindicato de trabajadoras sexuales integrante de la Central de Trabajadoras de la Argentina (CTA).

Lo que todos debemos hacer es trasladar el debate a la sociedad, centros urbanos, escuelas, universidad, etc., a todos aquellos espacios donde haya una mujer, una madre, una estudiante, una profesional, porque "todos podemos ser víctimas". Es una obligación de la sociedad toda que se comprometa a contribuir a la prevención, lucha y protección de las víctimas de la trata.

Los usuarios son también los que determinan, a través de sus preferencias, qué tipo de personas buscará el traficante. Y la verdad es que no se han dirigido esfuerzos en control de la demanda, pues se asume un respeto a la libertad de los usuarios a consumir prostitución como parte de sus derechos relativos a la vida privada, y esto prima frente a su vulneración de los derechos de las víctimas.

Siempre se omite referencia alguna al sostén y protagonista principal que es quien paga por consumir sexo (la demanda). Esta invisibilización se da porque la conducta es considerada normal, está contemplada dentro de las expectativas de las conductas masculinas.

Por su parte, es preciso señalar que el derecho alegado en algunos ordenamientos jurídicos, a valerse de personas prostituidas entra en conflicto con los derechos humanos de las personas en situación de prostitución. Y cuando estos derechos entran en conflicto deben prevalecer los derechos de las víctimas. La legalización supone ocultar los abusos, violaciones y demás violencias bajo el formato de "trabajo sexual"[17].

[17] VARGAS, Graciela, "Se trata de nosotras", Editorial Las Juanas, 2009.

# BENEFICIO DE GRATUIDAD AL CONSUMIDOR: COMPARACIÓN CON EL BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS CIVIL Y COMERCIAL Y CON EL BENEFICIO DE GRATUIDAD LABORAL

*Fabiana Berardi* [•] *y Toribio Enrique Sosa* [*]

## 1. Introducción

En orden a asegurar el acceso a la justicia de ciertos actores sociales desaventajados, la legislación –a veces sustancial y otras adjetiva, cuando no ambas- establece mecanismos que les franquean el inicio y el trámite de los procesos judiciales.

El beneficio de litigar sin gastos es el cauce clásico para posibilitar la litigación a quienes carecen de los recursos económicos necesarios para afrontar los gastos de un proceso ante los estrados judiciales, pero no es el único.

La ley de Contrato de Trabajo y en sintonía la ley local de procedimiento laboral local, disponen la gratuidad del proceso laboral y, más recientemente, la Ley de Defensa del Consumidor establece el beneficio de justicia gratuita para usuarios y consumidores1.

---

[•] Jueza de primera instancia en lo Civil y Comercial del Poder Judicial de La Pampa. Profesora adjunta regular de Derecho Procesal II y Profesora titular regular de Adaptación profesional a los procedimientos civiles y comerciales de la UNLPam.

[*] Juez de Cámara en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen. Profesor titular regular de Derecho Procesal II de la UNLPam.

[1] Dispone el art. 53 último párrafo: *"Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio." (texto según* ley 26361)

La consagración legislativa de esta última franquicia ha reeditado el debate que ya se había dado en la doctrina y en la jurisprudencia en relación con el beneficio de gratuidad. En su momento se discutió si la franquicia del proceso laboral tenía el mismo alcance del beneficio de litigar sin gastos y actualmente lo que se pone en cuestión es si el beneficio de justicia gratuita del estatuto consumeril lo tiene.

En el orden provincial también se ha planteado y discutido, primero y con mayor incidencia de causas, el alcance el beneficio de gratuidad laboral en relación con el beneficio de litigar sin gastos y recientemente el de éste en comparación con el de justicia gratuita consumeril.

Creemos, por la discordancia de opiniones que se observan en los fallos dictados por los tribunales provinciales en torno al tema, que el debate no está concluido y lo que buscamos con el presente trabajo es sumar argumentos al mismo.

Con ese propósito comenzaremos por dar cuenta de la jurisprudencia provincial elaborada en torno al tema y luego procuraremos deslindar las figuras jurídicas en cuestión (beneficio de litigar sin gastos, beneficio de gratuidad laboral y beneficio de justicia gratuita consumeril), destacando los puntos de encuentro que poseen entre sí y las diferencias que las separan.

La comparación la realizaremos en tres aspectos:

a- cómo se otorgan: por ministerio de la ley o a través de resolución judicial;

b- qué alcances tienen: liberación sólo de las costas devengadas en o por el proceso a favor del Estado en tanto prestador del servicio de justicia (ej. tasa de justicia, depósitos previos para recurrir, etc.), o además de todas las demás costas devengadas durante el proceso (v.gr. honorarios de peritos y de abogados);

c- eficacia de la cobertura de las costas devengadas en o por el proceso pero diferentes de las que son a favor del Estado en tanto prestador del servicio de justicia: ninguna o provisoria.

## 2. Breve síntesis de la jurisprudencia pampeana sobre el alcance del los beneficios de gratuidad y de justicia gratuita

Como se anticipó, la primera y más frecuente cuestión que ocupó a los tribunales provinciales en relación con el tema que tratamos, fue el alcance del beneficio de gratuidad laboral establecido por el art. 20 de la LCT y el art. 13 de la ley de procedimiento laboral local N° 986. Concretamente la cuestión que se planteó fue si la concesión legislativa de esta franquicia eximía o no al trabajador de soportar las costas del proceso cuando le fueran impuestas.

En este punto la postura de la Cámara de Apelaciones de Santa Rosa no ha sido unánime ni uniforme.

Los fallos más antiguos sobre el tema resuelven, con apoyatura en el art. 13 de la Ley de Procedimiento Laboral (Ley 986), que los trabajadores pagan las costas si mejoran de fortuna y no comprometen para el pago de estas su sueldo.[2] También se sostuvo que el instituto consagrado en la norma provincial (art. 13 N.J.F. 986) bajo la denominación "beneficio de gratuidad" es similar al art. 22 de la ley 7718 de la provincia de Buenos Aires y que debe distinguirse del Beneficio de Litigar sin gastos regulado en el código procesal y también de la norma del art. 22 de la LCT. La diferencia, se explicó, es que en el instituto del art. 13 del ordenamiento procesal, se presume ministerio legis que el trabajador carece de fortuna y es carga del demandado vencedor en costas acreditar que el actor ha mejorado de fortuna.[3]

---

[2] CCSR, "Zubillaga, Pedro Mario y otro c/ Herrera, Ramón Javier s/ Ejecución de Honorarios en autos: Herrera, Ramón Javier c/Estado de la Provincia de La Pampa s/Laboral" expte 7066/95, 23-12-94, Votantes: Dres. Jorge A. Forastieri, José Galeano y Mabel Libe de Stok Capella (en disidencia) (voto del Dr. Forastieri).

[3] CCSR, "Zubillaga, Pedro Mario y otro c/ Herrera, Ramón Javier s/ Ejecución de Honorarios en autos: Herrera, Ramón Javier c/Estado de la Provincia de La Pampa s/Laboral" expte 7066/95, 23-12-94, Votantes: Dres. Jorge A. Forastieri, José Galeano y Mabel Libe de Stok Capella (en disidencia) (voto del Dr. Galeano).

También por mayoría se adoptó esta postura en "Di Dino, Julia c/ Dueñas, Margarita y otro s/ despido indirecto", expte. 12819/05, 8-4-2005, Votantes: Dres. José Nicolás Galeano, Alberto J. Maza y Graciela C. Martín (en disidencia)

Por esa razón se consideró sobreabundante la tramitación por parte del trabajador del beneficio de litigar sin gastos[4].

Posteriormente se entendió que el beneficio de gratuidad se limitaba a los gastos del proceso y no alcanzaba a las costas y que para eximirse de su pago el trabajador debía obtener el beneficio de litigar sin gastos[5]. Asimismo se interpretó que el beneficio de gratuidad otorgado por el art. 13 de la ley 986 y por el art. 20 de la LCT alcanza solo a los trabajadores que han acreditado la existencia de una relación laboral con su demandado[6].

Por su parte, la Cámara de General Pico siempre interpretó que el beneficio de gratuidad del proceso laboral no tiene el mismo efecto que el beneficio de litigar sin gastos en cuanto a las costas, ya que su otorgamiento legal a favor del trabajador le permite concurrir a los estrados judiciales sin afrontar los gastos que ello importa, pero no lo libera de éstas en caso de condena[7]. En consecuencia, sostuvo que no corresponde calificar de superfluo, entendido ello como innecesario, al beneficio de litigar sin gastos solicitado por un trabajador con motivo de una demanda laboral y con el objetivo de eximirse del pago de las eventuales costas que se le pudieran imponer ante el rechazo total o parcial de la demanda laboral, puesto que el beneficio de gratuidad receptado por los art. 20, LCT y 13 de la ley de Procedimiento Laboral N° 986, en modo alguno lo exime del pago de

---

En igual sentido "Cheli, Ricardo Víctor c/ Peruzzi, Luis Alfonso s/ejecución de honorarios (en autos "Peruzzi, Luis Alfonso c/ Pellegrini, Héctor Carlos y Otros s/ despido indirecto", expte. 13345/05, 24-4-2006. Votantes: Dres. . Jorge A. Forastieri, y Mabel Libe de Stok Capella.

[4] CCSR, "Arosteguichar, Hugo Daniel s/ beneficio de litigar sin gastos", expte. 13514/06, 9-5-2006 Votantes: Dres. . Jorge A. Forastieri, y Mabel Libe de Stok Capella.

[5] CCSR, "Paez, Juan Carlos c/ Banco Rio De La Plata S.A. y otro s/ cobro de haberes", expte. 14612/07, 23-6-2008 ", Votantes: Dres. Graciela Martín y Jorge Cañon.

[6] CCSR, "Paez, Juan Carlos c/ Banco Rio De La Plata S.A. y otro s/ cobro de haberes", expte. 14612/07, 23-6-2008 ", Votantes: Dres. Graciela Martín y Jorge Cañon.

[7] CCSR, "Reale, Ángel Ricardo c/Ascheri y Cía. S.A.C.I.F.A.I.sS/Accidente acción civil" (expte. N° 1.057/98 r.C.A.). Votantes: Dr. H. Rodríguez.- Dr. H. Costantino.- Dr. J. S. L. Marrero.- (Voto Dr. H. Rodríguez) 02.07.1998. ; "García, Ariel Eduardo c/Pérez, Nora Beatriz s/ejecución de honorarios" (expte. N° 3628/07 r.C.A.). Votantes: Dr. H. Costantino.- Dr. H. Rodríguez.- (Voto Dr. H. Rodríguez) 21.08.2007

las costas.[8]

La cuestión -que no era estrictamente la planteada, sino si el monto depositado con imputación al art. 8° de la Ley 24013 era embargable para el pago de las costas por constituir mejoramiento de fortuna- llegó al Superior Tribunal que resolvió que el artículo 13 de la ley de procedimiento laboral[9] era complementario del 20 de la LCT y que de la inteligencia de ambas normas se deduce que los trabajadores (o sus derecho habientes) están amparados por el beneficio de gratuidad en todos los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de la LCT "y solo deberán hacerse cargo de las costas de un juicio en que han resultado vencidos si se acredita que '*mejoran de fortuna*'".[10]

Luego de ese pronunciamiento y por razones de economía procesal, la Cámara de Apelaciones de Santa Rosa, adhirió al criterio del máximo tribunal provincial.[11]

En cambio, la Cámara de General Pico, que para cuando se dictó el fallo del Superior Tribunal ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de la frase "[Los trabajadores] Solo darán caución juratoria de pagar si mejoran de fortuna." contenida en art. 13 de la ley 986[12], no siguió esa postura sino que

---

[8] CCSR, "Carrizo, Raúl Jorge s/beneficio de litigar sin gastos" (expte. Nº 4483/10 r.C.A.). Votantes: Dr. A. P.Ballester.- Dr. H. Rodríguez.- (Voto Dr. A. Pérez Ballester.-) 19.10.2010.-

[9] "Los trabajadores y sus derechohabientes están eximidos de todo impuesto o tasa por parte de los distintos organismos y reparticiones del Estado Provincial, municipalidades o entidades autárquicas incluyendo el Boletín Oficial. Se le expedirá gratuitamente certificados, testimonios o partidas de nacimiento a presentar en el juicio. En ningún caso se les exigirá caución real o personal para el pago de costas u honorarios o para la responsabilidad por medidas cautelares. Solo darán caución juratoria de pagar si mejoran de fortuna."

[10] CCSR, "Hernández Gomez Juan Manuel y otro c/Agúera Oscar Alberto sobre ejecución de honorarios , expte. 43104/03, en autos: Agüera Oscar Alberto c/ Luque Luis Alberto y otro s/ despido, expte. N° 972/08, 26-11-2008.

[11] CCSR, "Laurenzano, Carolina Edit c/ Assad Salman y otros s/ cobro de haberes", expte. 14497/07, 23-11-09, Votantes: Dres. Fazzini- Martín.

[12] Sostuvo al respecto "El art. 13, de la ley de procedimiento laboral local establece el llamado "beneficio de gratuidad":

mantuvo la propia.[13]. Explicó que el criterio de esa Cámara estaba revitalizado por la doctrina de la Corte Suprema[14] y que la mayor

---

**a.** En el primer párrafo, exime a los trabajadores del pago de impuestos y tasas percibidos por el Estado provincial, las municipalidades y las entidades autárquicas.-

**b.** En el segundo, dispone la expedición gratuita de certificados, testimonios o partidas de nacimiento.-

**c.** El párrafo siguiente, dividido en dos oraciones, es el que suscita controversias. La norma no contempla en forma expresa la exención de costas a los trabajadores.

El art. 199 del Código Procesal Civil y Comercial, vigente cuando se sancionó la NJF 986 (similar al actual art. 191), disponía que las medidas de ese tipo debían decretarse "bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por las **costas** y **daños y perjuicios** que pudiere ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho". Es por tal razón que la ley procesal laboral buscó diferenciar y mejorar la situación de los trabajadores, frente a quienes no lo son, y estableció que a ellos no se les exigiría caución real o personal, para cubrir las costas ("u honorarios", precisó la norma, para evitar dudas) o su responsabilidad, en caso de que pidieran una medida cautelar sin derecho. Así resulta en forma evidente de la disposición, que alude a "la responsabilidad por medidas cautelares". La segunda oración sólo les exige "caución juratoria de pagar si mejoran de fortuna". Esta mejora, entonces, sólo se requiere cuando se pretende que el trabajador responda (pague) por las costas, los honorarios o los daños y perjuicios que causó al obtener sin derecho una medida cautelar. No se trata de un recaudo previo para el cobro de las costas o los honorarios impuestos al dependiente, sino de una disposición vinculada exclusivamente con las medidas precautorias decretadas. ...La conclusión que se obtiene es, pues, que el art. 13, NJF 986, no condiciona la ejecución de las costas al mejoramiento de la fortuna del trabajador, por lo que el recurso de apelación debe ser rechazado."

" CCSR, García, Ariel Eduardo c/Pérez, Nora Beatriz s/ejecución de honorarios" (expte. Nº 3628/07 r.C.A.). Votantes: Dr. H. Costantino.- Dr. H. Rodríguez.- (Voto Dr. H. Rodríguez) 21.08.2007.

[13] CCSR, "Ananía, Leonardo y otro c/Silva**,** María Alejandra s/embargo" (expte. Nº 4185/09 r.C.A.). Votantes: Dr. H. Costantino.- Dr. A.P. Ballester.- 23.10.2009.-

[14] "La CSJN en oportunidad de ratificar la constitucionalidad del art. 8 de la ley 24.432 (declarada el 5 de mayo de 2009 en los autos "Abdurraman, Martín c/ Transportes Línea 104 S.A. s/ accidente ley 9688"), señaló expresamente que "la eventual posibilidad de que los profesionales intervinientes ejecuten a su cliente no condenado en costas por el saldo impago de honorarios que pudiese resultar del prorrateo legal, no resulta violatoria, en el caso, del principio protectorio del trabajador ni del derecho de propiedad reconocidos en la Constitución Nacional (arts. 14 bis y 17). En efecto, la naturaleza alimentaria del crédito reconocido al trabajador... no empece a que éste deba contribuir, en alguna proporción, con el costo del litigio que decidió promover para el reconocimiento de su derecho. En este sentido, el mismo art. 277 de la L.C.T. autoriza el pacto de cuota litis entre el

jerarquía de ésta obstaba a la consolidación de la posición del Superior Tribunal de Justicia de esta provincia en la materia[15].

La síntesis que antecede permite observar que no es pacífica la opinión de los tribunales provinciales sobre los alcances del beneficio de justicia gratuita laboral y que la discusión no puede considerarse agotada. Y no es solo por el hecho de que la postura del Superior Tribunal sea contraria a la doctrina de la Corte, como pone de resalto la Cámara de General Pico, sino también porque la cuestión llevada a decisión del máximo tribunal provincial no fue estrictamente el alcance del beneficio de justicia gratuita, al cual se refirió cuasi tangencialmente, sino si la indemnización debida al trabajador por falta de registración (transcribir en nota art. 8 de la ley 24.613) podía o no ser considerada un mejoramiento de fortuna y consecuentemente embargada para asegurar el pago de las costas a su cargo.

Pasando al beneficio de justicia gratuita establecido en la Ley de Defensa del Consumidor solo hemos hallado un fallo, dictado por la Cámara de Apelaciones de Santa Rosa en relación con su alcance en el que se sostuvo que la prerrogativa del art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor "no puede erigirse en un "bill de indemnidad" y que el

---

profesional y trabajador (párrafo 1º, in fine), en virtud del cual el primero percibe como retribución un porcentaje (que no excederá del 20%) de las sumas que se perciban en el litigio, y que participan de un indudable carácter alimentario" (Villalba, Matías Valentín c/ Pimentel, José y otros s/accidente-ley 9688, 27/05/09).- "

" CCSR, Ananía, Leonardo y otro c/Silva, María Alejandra s/embargo" (expte. Nº 4185/09 r.C.A.). Votantes: Dr. H. Costantino.- Dr. A.P. Ballester.- (voto del Dr. A. Pérez Ballester) 23.10.2009.-

[15] "Esta Cámara tiene dicho que "en general, los fallos dictados por la CSJN, aún cuando interpretan la legislación común, ejercen gran influencia sobre los pronunciamientos de los demás tribunales, no sólo por su jerarquía y prestigio, sino también por razones prácticas, que aconsejan seguir sus lineamientos y no confundir a los destinatarios de las leyes con interpretaciones contradictorias", aunque en la misma oportunidad dejó en claro que, "para que ello ocurra, la jurisprudencia de la CSJN debe tener... consolidación y firmeza..." a través de "fallos concordantes y sucesivos que evidencien una verdadera doctrina judicial" (expte. Nº 3092/05, r.C.A.). Naturalmente, dichos principios son también válidos y aplicables, en el ámbito local, respecto de los pronunciamientos de nuestro Superior Tribunal de Justicia."

" CCSR, Ananía, Leonardo y otro c/Silva, María Alejandra s/embargo" (expte. Nº 4185/09 r.C.A.). Votantes: Dr. H. Costantino.- Dr. A.Pérez Ballester.- ( voto del Dr. H. Costantino) 23.10.2009.

consumidor como cualquier otro litigante deberá atenerse a las vicisitudes del juicio, incluida la condena en costas, de cuyo pago solo podrá eximirse si cuenta con una sentencia firme que le acuerde la franquicia para litigar sin gastos. En tal sentido se ha dicho que proyectar el sentido de la norma con un alcance mayor al expuesto importaría una indebida injerencia en la esfera patrimonial de los ciudadanos, en claro desmedro al respeto de los derechos de igualdad y de propiedad que consagra nuestra Carta Fundacional (arts. 16 y 17); finalidad que, ciertamente, no pudo ser la perseguida por el legislador"[16].

El repaso de la jurisprudencia nos muestra que aún de un modo incipiente, en el caso del consumidor y de uno no pacífico respecto del trabajador, el debate acerca de los beneficios que nos ocupan en cuanto a sus alcances, contornos y diferencias y a él pretendemos sumar un nuevo análisis de la cuestión, con la esperanza de hacerlo más fructífero aún.

## 3. Beneficio de gratuidad laboral del art. 20 de la ley 20744

El beneficio de gratuidad laboral sustentado en el art. 20 de la ley 20744 procede *automáticamente, ope legis,* a fin de que el trabajador –con independencia de su situación patrimonial- pueda actuar libre de gastos en trámites administrativos o judiciales para la resolución de conflictos mediante la aplicación de normas laborales.

Este beneficio provoca la liberación –al parecer definitiva- del pago de costas por actuaciones judiciales de las que el Estado es acreedor como prestador del servicio de justicia, pero de ningún modo la exención del pago de los restantes gastos causídicos ya que, si el

[16] CCSR, "Bottegoni, Héctor Aníbal c/ Wiggenhauser, Eduardo y otro s/ Daños y Perjuicios", expte. 16759/11 r.C.A.,02-10-2012, revocó el pronunciamiento de primera instancia que le daba un alcance amplio al beneficio, equiparándolo al de litigar sin gastos (juzgado civil N° 4). También en un sentido amplio y haciéndo explícita la discrepancia con el criterio de la Alzada, se pronunció el juzgado de primera instancia en lo civil y comercial N° 1 in re "Asociación Civil Usuarios Y Consumidores Unidos C/ Transporte Automotor Plaza S.A.C.E.L. y otro s/ Ordinario" (Expte. N° C 102.317) 19-9-2014

beneficiario resulta condenado en costas, debe afrontarlos inmediatamente luego de concluida la causa, aunque no con su vivienda. Eso se infiere del párrafo 2° del art. 20 de la ley 20744: que el trabajador nunca pueda ser obligado a pagar las costas con su vivienda, quiere decir que puede ser obligado a pagarlas con otros bienes embargables[17].

El hecho de que la contraparte del beneficiario pueda cobrar, inmediatamente de terminado el proceso, sus costas al beneficiario condenado a soportarlas, explica por qué la ley puede otorgar el beneficio de gratuidad laboral sin previo procedimiento en el que dicha contraparte –que no se verá afectada por el beneficio- tenga la chance de participar, a diferencia –como se verá- de lo que sucede con el beneficio de litigar sin gastos civil y comercial.

## 4. Beneficio de litigar sin gastos civil y comercial

El beneficio de litigar sin gastos en el proceso civil y comercial procede por resolución judicial, *ope judicis,* previa solicitud del interesado, quien, para conseguirlo previo procedimiento contencioso, debe acreditar carencia de bienes suficientes para afrontar los gastos del proceso e imposibilidad de procurarlos.

Según el CPCC La Pampa, al igual que la mayor parte de los códigos procesales civiles del país [18], el alcance del beneficio es:

a- amplio, pues excede las costas devengadas en o por el proceso de las que es acreedor el Estado como prestador del servicio de justicia, englobando también todas las demás costas devengadas en o por el proceso;

---

[17] Cfme. MANSILLA, Alberto "Beneficio de gratuidad laboral y beneficio de litigar sin gastos: ¿son lo mismo?", en DT 2009 (diciembre), 443. También PORTA, Elsa "La vivienda del trabajador", en DT 2014 (julio), 1826.

[18] En cambio, el CPCC Santa Fe dispensa los gastos judiciales pero sin incluir los honorarios que se generen durante el proceso, ver VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. y AVALLE, Damián A. "El alcance del beneficio de justicia gratuita en la ley de defensa del consumidor", en La Ley 2009-C, 401.

b- siempre provisorio, al menos así tratándose de las costas devengadas en o por el proceso y que no sean a favor del Estado como prestador del servicio de justicia, ya que perdura hasta que el beneficiario mejore de fortuna[19] [20].

La amplitud del beneficio de litigar sin gastos explica la bilateralidad del procedimiento previo a su concesión: si el Fisco y la contraparte pueden ser afectados por el alcance del beneficio, deben tener la chance de participar en el procedimiento previo a su otorgamiento[21] [22].

El Fisco tiene interés procesal para intervenir en el procedimiento previo al otorgamiento del beneficio, porque éste puede significar la exención, a veces definitiva según la normativa aplicable, de las costas devengadas en o por el proceso y a su favor como prestador del servicio de justicia.

A la contraparte del solicitante del beneficio le asiste también un interés procesal semejante, porque el otorgamiento del beneficio puede hacer que deba soportar ella sola sus gastos causídicos (ej. honorarios de sus abogados) y los comunes (v.gr. honorarios de peritos), sin chance de reembolso respecto del beneficiario, al menos así provisoriamente hasta que éste mejore de fortuna. Díaz Solimine explica que la *ratio legis* de la facultad de intervención que la ley

---

[19] Respecto de las costas devengadas en o por el proceso y a favor del Estado prestador del servicio de justicia (ej. tasa de justicia), la normativa aplicable podría prever que la exención fuera: a- definitiva, es decir, mantenerse en pie pese a que más tarde el beneficiario mejorase de fortuna (v.gr. según los arts. 330.5 y 339 Código Fiscal Pcia.Bs.As.); b- provisoria, con lo cual el Fisco podría reclamar el pago si el beneficiario mejorase de fortuna.

[20] De manera que el beneficio de litigar sin gastos reglado por el rito civil somete la obligación procesal de pagar las costas a un plazo indeterminado incierto (no se sabe si va a llegar ni se sabe cuándo): que el obligado mejore de fortuna.

[21] Cfme. FALCÓN, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, , 1ª ed., t. I, p. 885.

[22] El último párrafo del artículo 79 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, reformado por la ley 25.448, prevé la intervención del Fisco y de la contraria como partes fiscalizadoras en el incidente de tramitación del beneficio: *"En la oportunidad prevista en el artículo 80 el litigante contrario o quien haya de serlo, y el organismo de determinación y recaudación de la tasa de justicia, podrán solicitar la citación de los testigos para corroborar su declaración."*

confiere el sujeto pasivo obedece al incuestionable interés que le asiste en el resultado de la petición, a poco que se advierta que si es procedente, dicha parte queda colocada en una situación de desventaja procesal con respecto al beneficiario al estar exento de las costas que se le pudieren imponer [23].

## 5. En el proceso laboral, acumulabilidad de beneficios

Puede concluirse que el beneficio de gratuidad laboral del art. 20 de la ley 20744 y el beneficio de litigar sin gastos civil y comercial en la versión de la mayor parte de los Códigos procesales del país no se superponen totalmente ni son excluyentes.

Por lo pronto, ninguno de los dos impide la condena en costas del beneficiario, sino que nada más determinan qué gastos causídicos deberá afrontar y cuándo.

Si el beneficio de gratuidad laboral asegura al trabajador una liberación definitiva pero reducida (créditos a favor del Estado como prestador del servicio de justicia, devengados en o por el proceso), no lo exonera de responder por los restantes gastos causídicos ni bien concluya la causa si se le impusieran las costas del proceso.

Por eso, para llevar aún más allá en el tiempo –más allá de la conclusión de la causa- el pago de ciertos gastos causídicos -los que no son tributos y gabelas devengados en o por el proceso a favor del Estado prestador del servicio de justicia-, el trabajador actuará con prudencia si gestiona y obtiene en el proceso laboral [24] el beneficio de litigar sin gastos civil y comercial para el supuesto caso que le sean impuestas las costas; a menos que esto no fuera necesario porque la ley procesal laboral local ampliara los confines del beneficio de gratuidad laboral más allá de los límites del art. 20 de la ley 20744 y

---

[23] DÍAZ SOLIMINE, *Beneficio de Litigar sin Gastos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, 2ª ed.., p. 41.

[24] O en el proceso civil si la causa de la pretensión se basara en una relación de trabajo, situación en que también operaría el beneficio de gratuidad laboral, pero que podría ser completada con un complementario beneficio de litigar sin gastos, ver SOSA, Toribio E. "El beneficio de gratuidad laboral extensible al proceso civil", en La Ley 29/4/2015.

aproximándolo a un beneficio de litigar sin gastos civil y comercial (tal como sucede en el ámbito bonaerense según el art. 2 de la ley 12200 – texto según ley 14148- [25] y el art. 22 de la ley de procesal laboral n° 11653 [26] [27]).

## 6. Concesión legal del beneficio de gratuidad al consumidor

El beneficio de justicia gratuita establecido por la Ley de Defensa del Consumidor se asemeja al beneficio de gratuidad laboral (y se aleja del beneficio de litigar sin gastos) en cuanto se trata de una concesión legal, sin procedimiento previo en el que la contraparte ni el Fisco tengan chance de participar.

Es la ley la que, atendiendo a la situación de una clase o categoría de sujetos, les provee una tutela diferenciada porque presume que se encuentran en una situación de vulnerabilidad o de desventaja frente a su adversario que justifica un trato preferente en orden a igualar sus posibilidades a las de éste.

Se trata de uno de los casos en los que el legislador detecta una situación de desigualdad estructural[28] en determinado actor social y busca superarla, facilitándole el acceso a la justicia a través de la gratuidad del proceso.

---

[25] Ley 12.200, art. 2: *"En sede jurisdiccional los trabajadores y beneficiarios del sistema previsional, tendrán acordado el beneficio de litigar sin gastos, con todos sus alcances, de pleno derecho, declarándolos exentos del pago de tasas por servicios administrativos y/o judiciales."*

[26] Ley 11653, art. 22. *"Beneficio de gratuidad- Los trabajadores o sus derecho habientes gozarán del beneficio de gratuidad. La expedición de testimonios, certificados, legalizaciones o informes en cualquier oficina pública será gratuita.*

*En ningún caso les será exigida caución real o personal para el pago de costas, gastos u honorarios o para la responsabilidad por medidas cautelares. Sólo darán caución juratoria de pagar si mejorasen de fortuna."*

[27] CAMPS, Carlos E. "El beneficio de litigar sin gastos", Ed. Lexis Nexis, Bs.As., 2006, parágrafo § 115, pág. 113.

[28] SABA, Roberto, "(Des)Igualdad Estructural", en *Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario.,* Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coordinadores), Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, 1ª ed., p. 163.

Así concebido el beneficio se presenta como una acción afirmativa, de las que la Constitución Nacional reconoce desde 1994 al establecer como atribuciones del Congreso Nacional la de "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad." (art. 75 inc. 23).

El consumidor es un actor social protegido por la Constitución Nacional (art. 42) y teniendo en cuenta ello y la situación de marcada vulnerabilidad en la que se encuentra frente a los conocimientos técnicos y poderío económico que exhiben las empresas, la normativa consumeril, como explican Picasso y Sáenz[29], trata de compensar en el plano jurídico –mediante una serie de prerrogativas especiales al consumidor – la desigualdad de hecho existente entre esas dos partes. Entre ellas, los autores citados mencionan "una serie de disposiciones procesales para facilitar la concreción de sus derechos, como la celeridad y la gratuidad del procedimiento y las acciones de clase, etc."

Tratándose de una concesión legal acordada a una categoría de personas por el mero hecho de pertenecer a la misma, nada debe requerir ni probar el consumidor en relación con la situación desventajosa en la que se encuentra, pues ésta resulta presumida por la ley.

## 7. Amplitud del beneficio de gratuidad al consumidor.

A partir de la similitud apuntada en el capítulo anterior entre el beneficio de gratuidad laboral y el consumeril (concesión automática *ope legis*), pudiera razonarse que éste debiera tener el mismo alcance que aquél.

De ser así, y como lo hemos descripto en el capítulo 2-, el beneficio consumeril sólo eximiría del pago de las costas devengadas

[29] PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luis R. "El nuevo proceso de consumo: hacia una mejora de la tutela judicial efectiva del consumidor." ID Infojus: DACF140677.

en y por el proceso a favor del Estado prestador del servicio de justicia, pero no del pago de las demás costas que, en caso de serle impuestas al consumidor beneficiario, podrían serle reclamadas a éste inmediatamente de terminado el juicio[30].

Sin embargo, creemos que no es así y que la diferencia estriba en que la Ley de Defensa del Consumidor[31]., además de establecer el beneficio de justicia gratuita para las actuaciones judiciales que se inicien, dispone que el adversario del consumidor puede acreditar la solvencia de éste mediante incidente y en ese caso hacer cesar el beneficio.

Como se aprecia, en el caso del consumidor hay una presunción legal de falta de solvencia y una concesión automática del beneficio en función de esa circunstancia, como también ocurre con el trabajador según el art. 20 de la ley de contrato de trabajo, pero con una particularidad: se le da la posibilidad a su adversario de hacerla cesar.

¿Para qué podría promover el adversario del consumidor el cese de un beneficio que, en su contracara, no lo perjudicase [32]?

Si la ley le otorga al adversario del consumidor la posibilidad de hacer cesar el beneficio de gratuidad, ha de entenderse que el alcance de éste debe ir más allá de las costas devengadas en o por el proceso de las que sea acreedor el Estado como prestador del servicio de justicia.

Si la situación del adversario del consumidor fuera igual a la del adversario del trabajador según el art. 20 de la ley 20744, entonces podría aquél cobrar ni bien concluido el proceso las costas que le fueran impuestas al consumidor, sin necesidad de promover un incidente para hacer cesar los efectos del beneficio.

---

[30] Así lo sostiene PERRIAUX, Enrique J. "La justicia gratuita en la reforma de la ley de defensa del consumidor", en La Ley 2008-E, 1224.

[31] Art. 53, sustituido por el art. 26 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008.

[32] Dicho sea de paso, se ha opinado que el Fisco no tiene legitimación para probar la solvencia del deudor: despacho único de la Comisión Nº 9 de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009), ver en http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-26-XXII-Jornadas-2009.pdf. Esa opinión conduce a concluir que el beneficio de gratuidad consumeril exime definitivamente de las costas devengadas en o por el proceso a favor del Estado en tanto prestador del servicio de justicia, pese a que más adelante la contraparte del consumidor –no el Fisco- demostrara la solvencia de éste.

Si el beneficio de gratuidad consumeril no fuera más allá de los créditos por costas de los cuales el Estado fuera acreedor en tanto prestador del servicio de justicia y, así, entonces, si no afectara la situación del adversario del consumidor, ¿por qué la ley le permitiría a éste hacer cesar ese beneficio mediante un incidente?

Evidentemente, la respuesta ha de ser: porque la ley reconoce a la contraparte del consumidor el interés procesal consistente en el cobro de las costas impuestas al consumidor, pero sólo si remueve el beneficio de gratuidad demostrando la solvencia del beneficiario vía incidente.

Con lo cual, si para cobrar las costas a su favor el adversario del consumidor "puede" hacer cesar el beneficio demostrando la solvencia del beneficiario, mientras no cesado el beneficio debe admitirse que éste alcanza a las costas a favor de la contraparte del beneficiario.

Creemos, en suma, que la *ratio legis* de la posibilidad de cuestionar la solvencia al del consumidor, que se reconoce al contradictor, se vincula con el alcance amplio que tiene la franquicia. En efecto, insistimos, si el empresario demandado por el consumidor puede discutir la insolvencia de éste es porque tiene un interés comprometido en la cuestión que puede resultar afectado por la franquicia que otorga la ley al consumidor, lo que ocurre si se interpreta que ésta exime, no sólo del pago de las tasas judiciales –y otras costas a favor del Estado como prestador del servicio de justicia-, sino también de todos los gastos del proceso, incluidos honorarios de letrados y peritos.

Esta particularidad del beneficio de justicia gratuita consumeril, lo acerca al beneficio de litigar sin gastos civil y comercial, en dos sentidos (ver *supra* capítulo 3-):

a- indica que los alcances del beneficio de justicia gratuita consumeril son tan comprensivos como los del beneficio de litigar sin gastos civil y comercial;

b- se trata de una franquicia de la cual el consumidor goza hasta la demostración de solvencia, así como en el beneficio de litigar sin gastos civil y comercial hasta la demostración de la mejora de fortuna.

## 8. Conclusiones

El beneficio de justicia gratuita establecido por el art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor (texto según art. 26 de la ley 26361):

a- se asemeja al beneficio de gratuidad laboral del art. 20 de la ley 20744 (y se aleja del beneficio de litigar sin gastos civil y comercial) en cuanto se trata de una concesión legal, sin procedimiento previo en el que la contraparte y el Fisco tengan chance de participar;

b- se parece al beneficio de litigar sin gastos civil y comercial (y se distancia del beneficio de gratuidad laboral del art. 20 de la ley 20744), en dos sentidos:

(i) su amplitud, en tanto su alcance no se ciñe a las costas devengadas en o por el proceso a favor del Estado en tanto prestador del servicio de justicia, sino que abarca todas las costas del proceso;

(ii) su provisoriedad, pues es una franquicia de la cual el consumidor goza hasta la demostración de su solvencia mediante incidente que puede promover su contraparte [33].

◘

[33] Al menos así no tratándose de las costas devengadas en o por el proceso a favor del Estado en tanto prestador del servicio de justicia, pues tratándose de esas costas según la normativa aplicable la exención pudiera ser definitiva pese a la posterior demostración de la solvencia del consumidor (ver también más arriba nota 17-).

## Cuadro sinóptico

| BENEFICIO | CÓMO SE OTORGA | DE QUÉ COSTAS EXIME | COBERTURA DE COSTAS NO A FAVOR DEL ESTADO PRESTADOR DEL SERVICIO DE JUSTICIA |
|---|---|---|---|
| *Beneficio de gratuidad laboral* | ope legis | Art. 20 ley 20744: alcance restringido (sólo costas a favor del Estado prestador del servicio de justicia) | Ninguna |
| *Beneficio de gratuidad consumeril* | ope legis | Art. 53 ley 24240: alcance amplio (todas las costas) | Provisoria, hasta que se pruebe la solvencia del consumidor |
| *Beneficio de litigar sin gastos civil y comercial* | ope judicis | CPCC Nación y mayoría CPCCs locales: alcance amplio (todas las costas) | Provisoria: hasta que se pruebe la mejora de fortuna del beneficiario |

# LA PREJUDICIALIDAD PENAL Y EL JUICIO EJECUTIVO

*Néstor Alexis Bracamonte* [*]

*"Tu deber es luchar por el derecho;*
*pero el día en que encuentres en conflicto*
*el derecho con la justicia, lucha por la justicia"*
*Eduardo J. Couture*

## 1. Introducción

El presente trabajo pretende abordar la temática de la aplicación del instituto de prejudicialidad penal en los procesos ejecutivos, a raíz del conflicto que se produce entre este instituto procesal que suspende el dictado de la sentencia civil procurando evitar pronunciamientos judiciales contradictorios, y por otro lado, la naturaleza y fines del proceso ejecutivo a los fines de obtener el cobro de un crédito de forma rápida. En especial, la cuestión suscitada ante la postergación del derecho al cobro por parte del ejecutante hasta que se resuelva el proceso penal, o la "injusticia" de que la ejecución se continúe pese a la existencia de un título viciado.

## 2. Prejudicialidad: Concepto. Régimen legal

Se denomina "prejudicialidad" a la suspensión del dictado de la sentencia civil, hasta tanto se resuelva el proceso penal. Cuando coexiste un proceso criminal y otro civil, fundados en el mismo

[*] Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Asistente de Magistrado en la Cámara Criminal, Correccional, Civil y Comercial, de Familia y del Trabajo de la Novena Circunscripción Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

hecho constitutivo, el juez civil, como regla general, no debe dictar sentencia hasta tanto no se resuelva definitivamente el proceso criminal. El ejercicio de la acción civil queda así, suspendido relativamente, en el momento en que el juicio llega al estado de dictar sentencia. Lo que ha de suspenderse es el dictado de la sentencia, prohibiendo en consecuencia el pronunciamiento del juez civil antes del que realice el juez penal, más no el inicio y la tramitación del proceso[1].

El art. 1101 del Código Civil de Vélez consagró el instituto de la presentencialidad según la cual "si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal...". Para luego establecer dos excepciones: a) Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos; b) En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada. Con respecto a estas últimas, la primera no es una verdadera excepción, ya que producida la muerte del imputado culmina la causa penal. En este caso, el juez civil resolverá libremente sobre la procedencia o el rechazo de la acción resarcitoria contra los herederos del difunto (art. 1098), puesto que la muerte del imputado ha producido la extinción de la acción penal[2]. En el segundo caso, sabido es que la ausencia del imputado produce la paralización del proceso penal, por eso no sería equitativo que el damnificado viese postergado su derecho por una circunstancia que normalmente es imputable al propio responsable. La acción civil podrá ser continuada o iniciada con la intervención del defensor del ausente, siendo necesaria la pertinente declaración de rebeldía dictada en sede penal[3].

Asimismo, corresponde señalar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 1775 también recepta este instituto,

---

[1] NÚÑEZ, Ricardo, *"La acción civil en el proceso penal"*, Editorial Lerner, Córdoba, 2000, pág. 21, en GARRIDO, Alejandra F. – SÁNCHEZ TORRES, Julio C., *"La prejudicialidad penal en el juicio ejecutivo"*, La Instancia Judicial 2010-1, Doctrina A15, publicado en Revista y Web.

[2] BELLUSCIO, Augusto C. *"Código Civil y leyes complementarias 5. Arts. 1066 a 1216. Leyes 22.914 y 22.967"* Astrea, 2007, pág. 302.

[3] BELLUSCIO, Augusto C. ob. cit., pág. 303.

con una nueva redacción más precisa, disponiendo: "Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal".

Además, establece nuevas excepciones a la regla de la suspensión del dictado de la sentencia civil, receptando criterios doctrinales y jurisprudenciales actuales, esto es: a) si median causas de extinción de la acción penal; b) si la dilación del proceso penal provoca en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado; y c) si la acción por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad.

Con respecto a la primera excepción, se explica ya que al depender la paralización del juicio civil de la resolución del proceso penal, extinguido éste la suspensión no procede.

En relación a la segunda excepción, ya se la había reconocido jurisprudencial y doctrinalmente, con fundamento en que la prejudicialidad contenida en el art. 1101 del Código Civil debía flexibilizarse en los casos en que resultara evidente que la demora en el trámite penal representara la frustración del derecho del justiciable a una resolución judicial en un lapso razonable.

Y con respecto a la tercer excepción, también había sido propiciada por la doctrina y jurisprudencia: "la sentencia que decide la suerte de la acción penal —con fundamento en la eventual concurrencia de culpa o dolo del acusado- poco o nada puede aportar al pronunciamiento civil, que acogerá o no el reclamo indemnizatorio, conforme se constate la concurrencia de los presupuestos de la acción deducida (y entre ellos, el factor objetivo de atribución de responsabilidad en el que funda la concreta pretensión)"[4].

---

[4] MOSSET ITURRASPE-PIEDECASAS, *"Código Civil Comentado, Responsabilidad Civil"*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 237, en JAPAZE, María Belén *"Ejercicio de las acciones de responsabilidad: relaciones entre la acción civil y la acción penal en el Código Civil y Comercial de la Nación"* Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 181.

## 3. Fundamento

La *ratio legis* de la institución de la prejudicialidad es el evitar el dictado de sentencias contradictorias sobre un mismo hecho. En otras palabras, busca evitar la existencia de sentencias contradictorias que provocarían un escándalo jurídico[5]. En este sentido se ha dicho que "la institución de la prejudicialidad penal se asienta en la necesidad de dotar al ordenamiento de seguridad jurídica, evitando el escándalo que causaría en la sociedad la contradicción entre dos pronunciamientos jurisdiccionales sobre un mismo supuesto de hecho[6].

Además, deben señalarse "los mayores elementos que cuenta o dispone para el descubrimiento de la verdad objetiva, el proceso penal sobre el proceso civil: así como en la categoría de mayor importancia de los intereses en juego"[7].

## 4. Caracteres

Se trata de una norma de orden público, atento a existir un interés de esa naturaleza para evitar el escándalo jurídico que resultaría de pronunciarse sentencias contradictorias, y que su aplicación resulta imperativa, por lo que el juez debe disponer de oficio o a pedido de parte la suspensión. La sanción que corresponde a la violación de la mencionada prohibición de dictar sentencia pendiente el proceso penal es la nulidad de la sentencia dictada en contravención a esta directiva.

En este sentido, el Tribunal Superior de la Justicia de Córdoba ha señalado "el art. 1101 del Cód. Civil -norma formal de orden público que consagra el principio de prejudicialidad- debe ser

---

[5] CNCiv., sala B, 6-5-97, L.L. 1997-F-950; CNFed.CC, sala II, 11-2-83, L.L. 1983-D-209.

[6] Tribunal Superior de Justicia de Córdoba "Páez, José Luis Bonifacio c/ Taboada Roberto Luis – Ejecutivo por cobro de cheques, letras o pagarés – Recurso directo", Sentencia Nº 256 del 10/11/09

[7] TURRÍN, Daniel M., *"Prejudicialidad y juicio ejecutivo"* LA LEY1989-A, 207, Cita Online: AR/DOC/12709/2001

aplicada aun de oficio, cuando el tribunal civil conoce la existencia de un proceso penal. Por consiguiente, su inobservancia produce la nulidad de la sentencia civil que se dicte”[8].

Además, son ineficaces los acuerdos entre las partes que dispensen al juez civil de su obligación de esperar la decisión penal. En este sentido, al ser un instituto de derecho procesal público y por ende imperativo, obsta la posibilidad de su supresión por vía de la autonomía de la voluntad dentro del proceso civil, fulminando de nulidad, de acuerdo al artículo 18 del Código Civil, el pronunciamiento que se dicte sin respetar este mandato que hace prevalecer el interés del estatal por sobre el de los particulares[9].

Además, corresponde dejar en claro que la paralización de la causa procede al momento del dictado de la sentencia, no suspendiéndose el inicio y toda la tramitación del proceso civil.

## 5. Proceso y Procedimiento: Concepto. Tipos de procedimientos

Siguiendo el concepto de Vélez Mariconde, se puede señalar queel proceso es "una serie gradual, progresiva y concatenada de actos procesales,cumplidos por órganos públicos predispuestos y particulares interesados cuyo fin inmediatoes el restablecimiento del orden jurídico alternado, y su fin mediato, la fijación delos hechos y actuación del derecho". A diferencia de los procedimientos que son “el conjunto de formalidades que deben sujetarse las partes y el juez, en la tramitación del proceso”[10].

---

[8] Tribunal Superior de Justicia de Córdoba Sala Civil y Com, “Ceballos, Rubén E. y otra c. Ardiles, Efraín M.”, fallo del 26/11/1997, LLC 1998, 241.

[9] VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *“Acción Resarcitoria”*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1965, pág. 205 en GARRIDO, Alejandra F. – SÁNCHEZ TORRES, Julio C., *“La prejudicialidad penal en el juicio ejecutivo”*, La Instancia Judicial 2010-1, Doctrina A15, publicado en Revista y Web

[10] FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina – GONZÁLEZ DE DE LA VEGA DE OPL, Cristina *“Derecho Procesal Civil”,* Córdoba, Advocatus, 1999, pág. 14.

Estos últimos, atendiendo al fin perseguido,se pueden clasificar en:

- Declarativos: es aquel que tiene como objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos planteados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes11. A través del desarrollo y culminación del juicio se obtendrá una sentencia que contenga una declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor dando por terminada la situación dudosa12.
    - En este tipo de procedimientos el conocimiento de juez sobre la causa es pleno, ya que las partes pueden alegar y discutir ampliamente sus pretensiones, y ofrecer y diligenciar todas las pruebas que estimen. Como resultado de este tipo de juicios, la sentencia que se dicte en ellos produce efecto de cosa juzgada material, lo que significa que la resolución una vez firme goza de inmutabilidad. Esto quiere decir que, ante la falta de recursos o por haber sido agotado el trámite en la alzada, no existe posibilidad de modificación ni revisión de lo decidido a través de la apertura de un nuevo proceso.
- Ejecutivos: El proceso de ejecución es aquel en el cual preexistiendo un derecho cierto o presumiblemente cierto se procura su efectivización para satisfacer el interés del titular. En este tipo de proceso se pide la efectividad coactiva de un derecho reconocido en una sentencia o en un título de ejecución[13].

---

[11] PALACIO, Lino Enrique "Manual de Derecho Procesal Civil", 17º Ed. Actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, pág 76.

[12] FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina – GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, Cristina, ob.cit., pág. 26.

[13] FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina – GONZÁLEZ DE DE LA VEGA DE OPL, Cristina, ob.cit., pág. 26.

- En los procesos de ejecución la ley otorga una presunción de autenticidad al título ejecutivo base de la acción. En virtud de ello el conocimiento del juez no es pleno como en el proceso declarativo, sino que es limitado, las defensas oponibles son un numerus clausus, es decir taxativamente enumeradas por la ley, y los plazos son breves y perentorios. Por último, la sentencia que en él se dicte produce efecto de cosa juzgada formal. Esto significa que no obstante haber quedado firme la sentencia dentro del proceso en el cual se dictó, existe la posibilidad de obtener, en un proceso posterior, un resultado distinto al alcanzado en aquél.

## 6. Aplicación de la prejudicialidad en el juicio ejecutivo

Sobre la posibilidad de la aplicación de la prejudicialidad en los procesos ejecutivos, encontramos dos tesis opuestas. Por un lado, hay una posición que niega toda posibilidad de suspender la ejecución hasta la conclusión del proceso penal. Ello en virtud que el pronunciamiento dictado en este tipo de proceso, no tiene el carácter de definitivo, quedando a salvo la posibilidad de plantear dicha cuestión en el juicio declarativo posterior. Se ha dicho que "la especificidad de la norma consagrada por el art. 1101 del Código Civil, y la posibilidad del juicio declarativo ulterior, obstan para que en el juicio ejecutivo se considere cuestión prejudicial el pronunciamiento de la justicia del crimen acerca del presunto delito de falsificación de la firma del pagaré que se ejecuta"[14].En forma similar, se pronunció la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial al confirmar la sentencia de trance y temate dictada, a pesar de haberse alegado prejudicialidad penal, y pedido la

[14] Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario, Sala IV, 03/06/71, RepLL, XXXIII-22, sum. 2.En contra de esta jurisprudencia se ha argumentado que se desconoce en ella la finalidad de la ley, pues sería absurdo que el juez penal declarase que el documento es falso y en sede civil no se hiciera lugar a la excepción por considerar que no lo es (CREUS, *"Influencias del proceso penal sobre el proceso civil"*, p. 56, en BELLUSCIO, Augusto C.ob. cit., pág. 300).

suspensión del juicio ejecutivo, dado que la sentencia del juicio ejecutivo hace cosa juzgada formal, siendo susceptible de reverse, con los alcances del art. 553 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (proceso ordinario posterior)[15].

Por otro lado, encontramos la posición que reconoce que tratándose de juicios ejecutivos, el instituto de la prejudicialidad en principio no resulta aplicable. Pero que, pese a esta regla, se ha considerado admisible la presentencialidad excepcionalmente en los supuestos en los que el pronunciamiento en sede civil se encuentre nítida y contundentemente ligado al resultado del proceso penal y siempre que tal conexión sea en relación a las excepciones opuestas.

Cabe recordar aquí un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1982, en los autos "Establecimientos Agropecuarios Estancias Irupé de Dora René Recalde c/ Sviatoslav Kanonnikof", donde ya había considerado la posibilidad de suspender el dictado de la sentencia en un juicio ejecutivo por aplicación del art. 1101 del Código Civil. Sostuvo que "en homenaje a la verdad objetiva y para evitar la posible consumación del fraude denunciado, corresponde suspender el trámite en la queja deducida en un juicio ejecutivo hasta que recaiga decisión definitiva en la causa criminal, en la que se dispuso la prisión preventa de la actora por el delito de defraudación, y cuyas constancias deberán ser tenidas en cuenta a los fines de resolver el caso" (Fallos 304:536). Situación ésta que en principio era rechazada por la doctrina por la posibilidad de revisión de la sentencia formal ejecutiva en un proceso ordinario[16].

Entonces, el principio general en esta materia será la imposibilidad de la aplicación de instituto de la prejudicialidad en los juicios ejecutivos, por cuanto el pronunciamiento dictado en este tipo de proceso hace cosa juzgada formal, quedando a salvo la posibilidad de plantear dicha cuestión en el juicio declarativo posterior. Sin embargo, el magistrado podrá evaluar las circunstancias concretas de cada caso, siendo procedente

---

[15] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala B,"R. A. S. y otro c/ `P. S.A´. y otros s/Ejecutivo". Fallo del 03/04/2014, publicado por elDial.com – AA86CC, 12/05/2014.

[16] MOSSET ITURRASPE, Jorge – PIEDECASAS, Miguel A. *"Código civil : Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía. Responsabilidad civil: artículos 1066 a 1136"* 1a ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pág. 241.

excepcionalmente en los supuestos en los que el pronunciamiento en sede civil se encuentre ligado al resultado de la causa penal y siempre que tal conexión sea en relación a las excepciones opuestas. Así, sería conveniente analizar detenidamente si el planteo formulado no sólo constituye una mera denuncia penal, sino si, además, se han expuesto las objeciones y defensas que revelasen suficiente peso a la hora de evaluar la procedibilidad de la petición del ejecutado[17].

## 7. Procedencia de la prejudicialidad en el juicio ejecutivo: recepción jurisprudencial en la Provincia de Córdoba

Se ha señalado que:

> "El art. 1101 del Código Civil supone que el juez civil se encuentre ante una verdadera cuestión prejudicial cuyo juzgamiento corresponda hacer en sede penal. Para que ello acontezca es necesario que entre la decisión del pleito civil y la que haya de pronunciarse en jurisdicción criminal, exista un vínculo basado en la presencia de un hecho que sea el presupuesto de ambas causas, y que ese enlace sea conocido por los dos jueces. Si esa relación no se configura, es obvio que el proceso penal en que se juzga aquel hecho no tiene carácter prejudicial y no puede ser invocada para reclamar la suspensión del pronunciamiento civil. A ello se suma que la prejudicialidad penal no obsta a la sentencia en el juicio ejecutivo dada la naturaleza meramente formal que reviste en los procesos ejecutivosla cosa juzgada".
>
> (Voto del Dr. Bordenabe en mayoría)

Tratándose de una denuncia en sede penal efectuada por el demandado del juicio civil quien planteara oportunamente la

[17] CHOMER, Héctor Osvaldo. *"El juicio ejecutivo y la causa penal"* Publicado en: La Ley 2004-C, 1334 - DJ2004-2, 299 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2009, 1085 Cita Online: AR/DOC/1002/2004.

prejudicialidad, y surgiendo que se trata de la misma cuestión fáctica y de las mismas partes, originadas en igual negocio que se pretende ejecutar autónomamente, y encontrándose practicando la investigación respectiva, siendo uno de los imputados la actora civil, corresponde declarar la prejudicialidad (art. 1101 C.C.) (Voto del Dr. Sahab, en minoría)[18].

En otro pronunciamiento, la Cámara Civil y Comercial de 1º Nominación de Córdoba sostuvo que como regla el principio de la prejudicialidad es inaplicable en los juicios ejecutivos por carecer la sentencia de carácter definitivo, en tanto queda abierta la posibilidad de repetición en juicio posterior. Sin embargo, señaló que "tal principio no es absoluto y la prejudicialidad alegada debe admitirse cuando existe entre la acción ejecutiva que dio origen al proceso y la acción criminal una íntima vinculación". En el caso se ejecutaba un reconocimiento de deuda por el cual el actor y su hermano, contador y en representación de la firma accionada, acordaron celebrar un convenio por el que la firma ejecutada declaró adeudar al actor una cuantiosa suma de dólares estadounidenses en concepto de capital, atento préstamo que recibió del ejecutante, adjuntándose dieciocho pagarés dados en garantía. En este caso, se precisó que "si existe una identidad ente el hecho penal y el civil, y la confluencia de ambos es sobre el hecho constitutivo de la acción ejecutiva, corresponde olvidar por un momento el rígido formalismo por el de la averiguación de la verdad". Por ello, el tribunal consideró que debía declararse de oficio la nulidad del decisorio impugnado, atento que no se respetó la suspensión del dictado de la sentencia como lo dispone el art.1101 del Código Civil, por tratarse de un acto nulo de nulidad absoluta por estar implicado el orden público[19].

En otro caso, la Sra. Juez titular del Juzgado 1º Nominación Civil y Comercial de Córdoba, había resuelto la procedencia de la aplicación del art. 1101 del Código Civil, fundado en que se investigaba en sede penal, el acto administrativo de confección del título ejecutivo base de la acción y las eventuales responsabilidades

---

[18] Cámara Civil y Comercial de 4º nom. Córdoba. "Dujovny, Roberto Oreste c/ Eleuterio Eugenio Quinteros – Ejecución Hipotecaria", Sent. Nº 3 del 23/02/99, Boletín Judicial de la Provincia de Córdoba, 1999-I-207.

[19] Cámara Civil y Comercial de 1º nom. Córdoba. "Gañán Alberto A. c/ Hartenek López y Cía – Ejecutivo por cobro de cheques letras o pagarés –Rehace" Semanario Jurídico Nº 1489 del 23/12/2004 Cuadernillo 26, Tomo 90, Año 2004 – B.

del intendente en el marco del art. 49 inc. 5 de la ley Orgánica Municipal Nº 8102, teniendo en cuenta, que tal denuncia fue realizada por el Tribunal de Cuentas. Impugnada tal resolución, llegó la causa al conocimiento de la Cámara Civil y Comercial de 6º Nominación de Córdoba, la que rechazó el recurso articulado, sosteniendo que en los procesos ejecutivos, la aplicación de la presentencialidad penal debe ser estricta y rigurosa, siendo admisible excepcionalmente sólo en los supuestos en los que el pronunciamiento en sede civil se encuentre nítida y contundentemente ligado al resultado del proceso penal y siempre que tal conexión sea en relación a las excepciones opuestas. En el caso concreto, se llegó a la conclusión que debía aplicarse la presentencialidad establecida por el art. 1101 del C.C. "ya que puede tener incidencia en la cuestión aquí planteada, la resolución que se dicte en sede penal respecto al acuerdo celebrado entre la empresa actora y la Municipalidad de Cosquín, representada por su intendente. En el acuerdo celebrado el 20 de mayo de 2003 (fs. 4/7) y en el de fs. 11, se cuestiona en sede penal la ausencia de recaudos legales que obstan para la validez de los mismos. Por lo que, lo que se resuelva en dicha sede, puede llegar a influir en sede civil respecto a la homologación de los mismos". En este sentido, se señaló que "el art. 1101 del Código Civil resulta aplicable en la especie, desde que está en juego la seguridad jurídica y un eventual dictado de pronunciamientos contradictorios"[20].

En un caso más reciente, la Cámara Civil y Comercial de 8º Nominación de Córdoba sostuvo que la doctrina subraya que en principio en los juicios ejecutivos no se aplica el art. 1101, ya que la sentencia penal refiere, por lo común, a la causa de la obligación y ella no se debate en tales juicios, donde lo que está en juego son las condiciones extrínsecas del documento. Señaló además, citando al Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que

> "…corresponde hacer excepción a tal regla cuando el pronunciamiento en sede civil se encuentre nítida y

[20] Cámara 6ª Civil y Comercial de Córdoba. "Díaz Yofre, Andrés c/ Municipalidad de Cosquín – P.V.E. – Recurso de Apelación"A.I. 333 del 21/09/2006.

decisivamente ligado al resultado del proceso penal y siempre que tal conexión sea en relación a las excepciones opuestas, ello –obviamente- en tanto concurran los restantes presupuestos -objetivos y subjetivos- que condicionan la procedencia de la prejudicialidad penal. Esta hipótesis excepcional que admite la aplicación del art. 1.101 C. Civil al juicio ejecutivo debe juzgarse comprensiva de los casos en que, habiéndose planteado excepción de falsedad o adulteración del documento en sede civil, se está dilucidando en sede penal la falsificación del mismo documento, o bien cuando la promoción de la ejecución en sede civil hubiere dado lugar a la imputación del ejecutante como presunto autor del delito de estafa procesal" (Conf.TSJ Sala Civil y Comercial, *in re* "Bank Boston N.A. c/ Grosso Oscar Adolfo y otro - Hipotecario - Recurso de Casación - (Expte. B 47/09)".

En este caso el apoderado de la parte actora había sido imputado como autor del delito de estafa procesal en virtud de lo previsto en los arts. 45 y 172 Código Penal, y se había confirmado la elevación a juicio de la causa en su contra. En consecuencia, atento el estado procesal de la causa penal descripto, y observándose una clara vinculación entre los hechos y sujetos de ambos procesos, el tribunal decidió que correspondía decretar la suspensión del trámite de la causa hasta tanto se dilucide lo investigado en sede penal, conforme la inteligencia vertida por los arts. 1101, 1102 y 1103 del Código Civil[21].

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia en un caso que llegó a su conocimiento, resolvió anular la sentencia de remate dictada en un juicio ejecutivo, en el cual la promoción de la acción ejecutiva había dado lugar a la imputación de la actora como supuesta autora del delito de estafa procesal. Este supuesto fue considerado por el Tribunal Superior como uno de los que, excepcionalmente, autoriza a aplicar la regla del art. 1.101 del Código Civil en el proceso ejecutivo, pues el juez penal investigaba no sólo los hechos generadores de la deuda reclamada, sino el ejercicio de la

[21] Cámara 8ª Civil y Comercial de Córdoba "Banco Roela S.A. C/ Tomasi Richard Agustin Y Otros – Ejecucion Hipotecaria - Recurso De Apelacion - N° 513249/36"A.I. N° 472 del 17/12/2014.

acción civil como parte de la conducta presuntamente delictiva del actor. Se sostuvo aquí que: "... El 'escándalo jurídico' que el art. 1101 del Cód. Civil procura evitar, impidiendo la posibilidad de sentencias contradictorias, adquiriría perfiles extremos si la eventual condena penal implicase sindicar al juez civil como instrumento de la consumación del delito, mediante una sentencia dictada a sabiendas de la entidad presuntamente delictiva de la acción promovida..."[22].

En igual sentido, el máximo tribunal provincial se pronunció en otro precedente sosteniendo: "como regla en los procesos ejecutivos no corresponde suspender el dictado de la sentencia con fundamento en la prejudicialidad penal. Ello así, porque el análisis que se haga sobre el particular no puede prescindir de la naturaleza del juicio ejecutivo y de sus principios rectores, que han sido concebidos por el legislador como garantía de circulación de los papeles de comercio. Y en ese sentido, como es sabido, la resolución que se dicta en el juicio ejecutivo no constituye una declaración de certeza acerca de la existencia de un crédito, sino sólo de la apariencia de verdad que emerge del título de crédito" A renglón seguido señaló que, sin embargo, corresponde hacer excepción a tal regla cuando el pronunciamiento en sede civil se encuentre nítida y decisivamente ligado al resultado del proceso penal y siempre que tal conexión sea en relación a las excepciones opuestas, ello –obviamente- en tanto concurran los restantes presupuestos -objetivos y subjetivos- que condicionan la procedencia de la prejudicialidad penal. Siendo estas las circunstancias que otorgan preeminencia al instituto de la prejudicialidad, aun cuando ello provoque como consecuencia soslayar el carácter autónomo del título o dejar de lado la celeridad y el carácter sumario que definen al juicio ejecutivo[23].

---

[22] Tribunal Superior de Justicia de Córdoba "Ribero, Bautista Carlos Tomás C/ Rodolfo Picatto – Dda. Ejecutiva – Apel. Y Nul.- Rec. Casación".

[23] Tribunal Superior de Justicia de Córdoba "Bank Boston N.A. C/ Grosso Oscar Adolfo y otro - Hipotecario - Recurso De Casación - (Expte. B 47/09)"Sent. Nº 233, 14/11/2011.

## 8. Ineficacia de las denuncias penales para suspender el trámite ejecutivo

Un interrogante que surge respecto a la aplicación de este instituto es si basta una denuncia para que opere la prejudicialidad. En este sentido, la doctrina ha sostenido que no basta solo con la denuncia. Del análisis de los casos donde se ha hecho lugar a la prejudicialidad ordenándose la suspensión del proceso ejecutivo, existe siempre un análisis del grado de desarrollo en el cual se encuentran el proceso penal. En este aspecto, los requisitos exigidos se circunscriben generalmente para hacer lugar a la suspensión del juicio ejecutivo, en tener por lo menos un procesamiento firme del imputado/ejecutante, o acusación por parte del Fiscal[24].

## 9. Conclusión

La cuestión abordada en este trabajo fue señalada por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en las siguientes palabras:

> "...La respuesta al conflicto suscitado en torno a la aplicación o no de la prejudicialidad a estos casos, pasa por dilucidar si debe prevalecer la naturaleza y fines del proceso ejecutivo que supone una vía ágil para el cobro de un crédito que se origina y reposa en el título, y cuya sentencia sólo hace cosa juzgada formal, admitiendo su revisión en un juicio ordinario posterior, o bien si debe asignarse preponderancia a la institución de la prejudicialidad penal, cuya razón de ser se asienta en la necesidad de dotar al ordenamiento de seguridad jurídica, evitando el escándalo que provocaría en la sociedad la contradicción entre dos pronunciamientos jurisdiccionales

[24] SEDLACEK, FEDERICO D. *"Discusión de la causa del proceso ejecutivo por prejudicialidad: la revisión de la causa en el propio ejecutivo"* Publicado en DJ02/06/2010, 1445, Cita Online: AR/DOC/1656/2010.

sobre un mismo supuesto de hecho"[25].

Considero que la regla de la imposibilidad de la aplicación de la prejudicialidad en el juicio ejecutivo, debe ser flexibilizada como lo ha hecho la doctrina y jurisprudencia actual, teniendo en cuenta las circunstancias, con miras de lograr un proceso justo, y receptando principios procesales modernos como la verdad jurídica objetiva y la tutela judicial efectiva. De esta manera, en ciertos casos se pueden resguardar de manera más efectiva los derechos del ejecutado, víctima de un delito, más allá de un posible proceso ordinario posterior. Asimismo, estimo que corresponderá al tribunal que decida suspender el trámite de un proceso ejecutivo en virtud del art. 1101 del Código Civil de Vélez -o art. 1775 del nuevo Código Civil y Comercial- proveer todas las medidas que juzgue convenientes para ser informado periódicamente del estado de la causa penal, y no se torne ilusorio el derecho del justiciable a obtener una resolución judicial en un lapso razonable[26].

[25] Tribunal Superior de Justicia de Córdoba Sala Civil y Comercial, "Bank Boston N.A. c/ Grosso Oscar Adolfo y otro - Hipotecario - Recurso de Casación - (Expte. B 47/09)", Sentencia N° 233, 14/11/2011.

[26] "Vemos meritorio la reforma introducida por el Nuevo Código Civil y Comercial, en particular cuando posibilita que el proceso penal no acabe siendo un obstáculo a la prosecución del juicio civil. Entendemos que la evolución jurisprudencial sobre el principio pétreo de la prejudicialidad penal, fue la relativización de la regla para configurarla en una clara excepción. La legislación más reciente, entre las que está incluido nuestro nuevo Código Civil y Comercial siguen esta línea." IMAZ, Joaquín A. - BESSO, Natalia N. *"La prejudicialidad y el Código Civil y Comercial"* Publicado en: LL Patagonia 2015 (junio), 23/06/2015, 948.

Se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2015
en la Imprenta Roma de la ciudad de Santa Rosa.
Se imprimieron 250 ejemplares.

PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

www.juslapampa.gob.ar

CENTRO DE
CAPACITACIÓN
JUDICIAL