

Ab

Revista de Abogacía

ISSN 2545-8485

AÑO VII
NOVIEMBRE
DE 2023

NÚMERO

13

40 años de democracia: ¿una revista como esta es posible en una sociedad no democrática?

El Decreto N° 690/2020 y el efectivo cumplimiento de los derechos humanos

La nulidad del acuerdo stand-by entre la Argentina y el FMI.
Apuntes para pensar un problema nacional

Perspectiva de género en el ámbito del derecho administrativo

La tensión del concepto de servicio público. Extraviado entre normas constitucionales

El aislamiento como severidad. Análisis del Fallo “Romero Cacharane s/ ejecución penal” (Fallos: 327:388; R. 230. XXXIV. Recurso de Hecho)

Remedios procesales, de placebos y nocebos

El derecho a la vida familiar de las hijas e hijos de personas migrantes y el rol del Ministerio Público de la Defensa

Cómo se gestó *Palabras del derecho*. Conversaciones con Ignacio López

Raphael Lemkin y el acto de nominar al mal en la modernidad. Reseña del capítulo IX: Genocidio, del libro *El dominio del Eje sobre la Europa ocupada*

Ab-Revista de Abogacía

Año VII | N° 13 | noviembre de 2023

© 2023, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2023 EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISSN: 2545-8485



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **María Soledad Cadierno**

Directora General de Gestión de la Información y

Sistema de Bibliotecas: **Bárbara Poey Sowerby**

Jefa de Departamento Editorial: **Blanca Soledad Fernández**

División Diseño Gráfico Editorial: **Jorge Otermin**

Maquetación integral: **Mariana Aurora Zárate**

Coordinación Editorial: **Paula Belén D'Amico**

Corrección de estilo: **Nora Ricaud**

staff

Director y editor responsable: **Martín Cormick**

Coordinador editorial: **Gonzalo Gastón Semeria**

Publicación electrónica - distribución gratuita

Portal EDUNPAZ <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/>



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de esta publicación ni de la Universidad Nacional de José C. Paz



Ab-REVISTA DE ABOGACÍA
AÑO VII | N° 13 | NOVIEMBRE DE 2023

Índice

PRESENTACIÓN

40 años de democracia: ¿una revista como esta es posible en una sociedad no democrática? Gonzalo Gastón Semeria	5
---	----------

ARTÍCULOS

El Decreto N° 690/2020 y el efectivo cumplimiento de los derechos humanos Santiago Paredes Adra	7
---	----------

La nulidad del acuerdo stand-by entre la Argentina y el FMI. Apuntes para pensar un problema nacional Juan Pablo Caputo	23
---	-----------

Perspectiva de género en el ámbito del derecho administrativo Walter Lara Correa	45
--	-----------

La tensión del concepto de servicio público. Extraviado entre normas constitucionales Lorena Letto	55
--	-----------

El aislamiento como severidad. Análisis del Fallo “Romero Cacharane s/ ejecución penal” (Fallos: 327:388; R. 230. XXXIV. Recurso de Hecho) Rocío Outumuro Ortega	65
--	-----------

Remedios procesales, de placebos y nocebos Pablo Daniel Ortellado Quinchen	75
--	-----------

El derecho a la vida familiar de las hijas e hijos de personas migrantes y el rol del Ministerio Público de la Defensa Florencia G. Plazas	85
--	-----------

Ab

Ab-REVISTA DE ABOGACÍA
AÑO VII | N° 13 | NOVIEMBRE DE 2023

ENTREVISTAS

Cómo se gestó *Palabras del derecho.*
Conversaciones con Ignacio López
Martín Cormick

99

RESEÑAS

Raphael Lemkin y el acto de nominar al mal en la modernidad.
Reseña del capítulo IX: Genocidio, del libro
El dominio del Eje sobre la Europa ocupada
Gonzalo Gastón Semeria

103

40 años de democracia: ¿una revista como esta es posible en una sociedad no democrática?



Gonzalo Gastón Semeria

Bienvenidos/as al número 13 de AB revista de Abogacía de la UNPAZ, edición que se publica en el semestre en el que celebramos los primeros 40 años ininterrumpidos de la democracia en Argentina. En este contexto, entonces, quisimos comenzar la presentación de este número con un interrogante: ¿una revista como esta, producida por estudiantes, docentes e investigadores de una universidad como esta, es posible en una sociedad no democrática?

Advertirán que con esta pregunta no buscamos iniciar un análisis cuantitativo de las publicaciones universitarias en la Argentina en períodos democráticos y no democráticos, con gráficos, estadísticas y datos que permitan verificar o comprobar nuestra tesis. Lanzamos nuestra pregunta con otros propósitos, un poco más reflexivos sobre el lugar que habitamos: la universidad pública del conurbano.

Iniciar este número con una pregunta, cuya respuesta no puede colmarse solo con información, una pregunta que con sus respuestas desborda nuestras biografías, puede ser una interesante metáfora para pensar la democracia como ese lugar imposible, cuya imposibilidad –paradójicamente– es la posibilidad misma para que las democracias sean posibles.

Resulta curioso cómo las voces distópicas y autoritarias, que evocan a la racionalidad de mercado como modo de superar los *déficits* de la democracia, realizan un sugerente giro retórico por el cual buscan achacarle a esta –y a sus actores– los efectos –manifiestos y latentes/colaterales– de algunas

prácticas y modalidades del capitalismo en nuestro tiempo; para que, entonces, sea la democracia la que falla, sea la democracia el nombre, el signo en crisis.

Para que las democracias sean posibles, para que la heterogeneidad y la pluralidad sean la forma de la política, frente el relato único –y efectivo– de las distopías autoritarias, habrá que preguntarse por sus límites, por sus fronteras, por lo no incluido; por aquello que una democracia particular y concreta, como la nuestra, aún deja por fuera. En momentos en que se habla de la baja en la participación electoral, de la crisis de representación y demás cuestiones, ¿pensamos en la *realidad* de la ciudadanía del indigente? Quizás las democracias entran en crisis cuando eludimos esas preguntas, cuando la pregunta por el dato reemplaza la pregunta por el cómo del otro.

AB Revista de Abogacía, a lo largo de sus ediciones, se preocupa por activar estas preguntas, se preocupa por mostrar estas tensiones, por reflexionar sobre el derecho y sus márgenes. Por eso, quizás proyectos como AB devienen posibles en sociedades donde las fibras democráticas están activas.

En este número, como es habitual, abordaremos una diversidad de temas y enfoques, con interesantes cruces disciplinarios. Walter Lara Correa nos presenta cómo la perspectiva de género atraviesa al derecho administrativo, provocando un importante cambio en la dogmática. Asimismo, Florencia G. Plazas trabaja el rol que cabe a la defensa pública para la salvaguarda del derecho a la vida familiar de las hijas e hijos de personas migrantes.

Santiago Paredes Adra estudia el Decreto N° 690/2020 –de acceso a los servicios de tecnología de la información y comunicación (TIC)– como derecho humano. Por su parte, Pablo Daniel Ortellado Quinchen complementa la lectura sobre los contextos de este decreto, el análisis jurídico-político del poder de policía y las complejidades de la intervención judicial ante las políticas públicas. También, en el área del derecho administrativo constitucionalizado, Lorena Letto nos acompaña su reflexión en torno al concepto de servicio público desde su intersección con los derechos humanos.

Por su parte, Juan Pablo Caputo nos acompaña un análisis sumamente interesante sobre el acuerdo stand-by celebrado entre Argentina y el FMI bajo la presidencia de Mauricio Macri. La lectura de este artículo ayuda a desarmar un poco la opacidad que gobierna estos temas y, además, propone una sugerente alternativa.

Rocío Outumuro Ortega realiza un riguroso análisis del fallo “Romero Cacharane s/ ejecución penal”, mostrando una realidad de los sistemas penitenciarios y su régimen de sanciones administrativas –en este caso de aislamiento–. Gonzalo Gastón Semeria nos presenta una reseña crítica a los estudios sobre genocidio, que nos invitan a estar atentos sobre lo que se dice en nuestros derechos.

En la sección de entrevistas, Martín Cormick nos comparte su diálogo con Ignacio López, periodista del reconocido sitio *Palabras del derecho*, quien nos adelanta cómo será el nuevo formato.

¡Qué disfruten este número!

El Decreto N° 690/2020 y el efectivo cumplimiento de los derechos humanos



Santiago Paredes Adra

Introducción

El objetivo del presente artículo es analizar el proceso que llevó al Gobierno argentino, a la luz del Decreto N° 690/2020, a considerar como servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia, a los servicios de tecnología de la información y la comunicación (TIC), cuyas cristalizaciones más concretas son los servicios de internet, telefonía móvil y televisión por cable y satélite; y a partir de esto considerar si existe una relación directa entre la posibilidad por parte de la ciudadanía de tener acceso a los servicios de tecnología de la información y comunicación (TIC) y el efectivo cumplimiento de los derechos humanos.

Con esta finalidad, se busca estudiar cuál es el marco normativo actual, que da lugar a la consideración de los servicios de internet, telefonía móvil y televisión por cable y satélite como servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia. Se pretende analizar, asimismo, si este tipo de intervención estatal en estos servicios tiene como objetivo poder garantizar el cumplimiento de derechos humanos, e identificar cuáles son los derechos humanos cuyo efectivo cumplimiento depende del acceso a los servicios de tecnología de la información y comunicación (TIC). Y, a su vez, intentar establecer si el contexto de la pandemia del COVID-19 influyó en la decisión del Gobierno en declarar los servicios de internet, telefonía móvil y televisión por cable y satélite como servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia.

En este sentido, cabe mencionar que el 12 de marzo de 2020, a través del Decreto N° 260, se dictó el aislamiento social preventivo y obligatorio con motivo de la pandemia de COVID-19. Posteriormente, en este contexto, el Gobierno nacional vio la oportunidad de tomar la decisión de declarar los servicios de internet, telefonía móvil, y televisión por cable y satelital como servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia, a partir del Decreto N° 690/2020. Con este instrumento, según lo que se establecía en los fundamentos del decreto, se buscaba poder garantizar en la ciudadanía el derecho a la libertad de opinión y expresión, y el derecho al desarrollo, cuyo efectivo cumplimiento requiere de la universalidad del acceso a estas prestaciones.

En un contexto de circulación restringida y encierro, era necesario establecer los mecanismos necesarios para que la población tuviera acceso a estas prestaciones que permiten la comunicación y la información, y que estas no se vieran limitadas por las políticas de precios e inversión de las empresas prestadoras de estos servicios.

Marco teórico de la investigación

Es necesario, antes de abordar directamente el análisis de los antecedentes y el contexto que dio lugar al Decreto N° 690/2020, realizar algunas consideraciones: en primera instancia, hay que tener en cuenta que el concepto de servicio público no es estático, sino, por lo contrario, su alcance y contenido se redefine constantemente según el contexto político, cultural y geográfico. En directa relación con esto podemos sostener que a lo largo de la historia argentina el rol del Estado frente a las distintas prestaciones de los servicios públicos ha ido variando.

En segundo lugar, en el presente trabajo se parte de la premisa de entender que la prestación de los servicios públicos, por más que se otorgue a través de un privado, no le quita el rol central de control y garante de la prestación al Estado. Esto se debe a la esencia de estas prestaciones al considerarlas como ciertas actividades que, a partir de su importancia para la sociedad en determinados momentos, y por particularidades de dichas prestaciones, no pueden ser brindadas en competencia en el mercado sin presentar desequilibrios en el mismo (Cormick, 2012). Esta situación lleva necesariamente a que haya una intervención por parte del Estado, en pos de satisfacer necesidades consideradas esenciales para la sociedad, con el propósito de garantizar el bien común (Comadira, 2003).

También un aspecto central del presente trabajo es pensar el acceso a los servicios públicos como prestaciones en pos de garantizar los derechos humanos. En esta línea de análisis es fundamental recordar que es a partir de la sanción de la reforma constitucional del año 1994, que se van a consagrar los tratados internacionales de derecho humanos en la cúspide de nuestro plexo normativo.

Otro de los ejes del trabajo son las TIC y sus prestadoras, su avance en la sociedad y la necesidad de considerarlas como servicios públicos esenciales, ubicando a internet, la telefonía móvil y la TV por cable o satelital dentro de esta categoría conceptual.

El mercado de las TIC

La última etapa del siglo XX se vio signada por el fuerte avance de la tecnología en distintos ámbitos. El desarrollo de las telecomunicaciones, acompañado de la aparición de internet, fue marcando un creciente y veloz cambio en las relaciones sociales modificando la vida de las personas y permitiendo nuevos desarrollo y transformaciones.

Ahora bien, más allá de los datos duros sobre el aumento en general de uso de las TIC en los últimos años (ENACOM, 2021), también es necesario mencionar que, como correlato de un mayor uso de las TIC, comienzan a aparecer distintas aplicaciones y dispositivos que se fueron convirtiendo en herramientas indispensables para garantizar el acceso a diversos derechos. Y, a su vez, esta situación generó la necesidad de comenzar a acompañar estas transformaciones con un cambio normativo y de estrategias políticas para un desarrollo más eficiente en lo que respecta a la incorporación de las TIC en los distintos ámbitos de la sociedad.

Si bien después abordaremos más específicamente el encuadre normativo de las TIC, nos parece necesario hacer una breve mención descriptiva en lo que respecta puntualmente al mercado de las TIC. En este sentido, podemos mencionar que el mismo tiene características muy específicas. Abeles, Forcinito y Schorr (1998) sostienen que en los últimos años ha tenido lugar un cambio de paradigma muy grande en esta materia debido a que

en función de la convergencia tecnológica entre la informática, la electrónica y las telecomunicaciones, la reducción de las economías de escala en el segmento de telefonía básica, la ampliación de la gama de “productos” ofrecidos, y el incremento y diversificación de la demanda en estos últimos (especialmente telefonía inalámbrica, televisión por cable e Internet), no sólo han tendido a diluirse los parámetros que tradicionalmente permitían considerar a la actividad como un monopolio natural, sino que se ha abierto la posibilidad de ofrecer servicios similares de comunicación a través de instalaciones diferentes e, inversamente, pueden ofrecerse diversos servicios de comunicaciones mediante una única red (Abeles, Forcinito y Schorr, 1998: 9).

De esta manera, podemos sostener que el mercado de las telecomunicaciones en la Argentina tuvo sus inicios, enmarcado en lo que podríamos considerar un monopolio natural, basado en que la prestación principal estaba a cargo de una única empresa que, en este caso, era la empresa de telefonía fija que fue la encargada de realizar la infraestructura necesaria para las primeras líneas de teléfonos y posteriormente proveer el servicio de llamada de los mismos. Ahora bien, la evolución e innovación tecnológica –como lo son la telefónica móvil y la internet, por ejemplo, brindadas no solamente por cableado de red sino también por satélite– trajo aparejada una modificación en la estructura del mercado ampliando la posibilidad de mayores empresas oferentes, pero el ingreso de nuevos competidores se ve obstaculizado por las ventajas en términos de estructura y alcance que tienen las empresas precedentes, a raíz de su participación exclusiva en la prestación de servicios que ya venían capitali-

zando. Por lo cual, si bien no podemos sostener que estemos ante un monopolio natural, sí podemos decir que el oligopolio presente en este mercado tiene características muy específicas.

Esta breve caracterización del mercado en que se desarrollan las empresas prestadoras de servicios TIC es necesaria para intentar comprender los intereses que están en juego al momento en que el Estado busca, a través de la modificación o incorporación de nueva normativa, regular la prestación de estos servicios para beneficio de los usuarios.

Consagración de los derechos humanos

Ahora bien, resulta necesario hacer hincapié en el sustento en nuestro plexo normativo que tiene que garantizar el acceso de la población a las TIC. En este sentido, podemos mencionar que el Decreto N° 690/2020, como mencionamos anteriormente, sustenta su justificación, en términos de garantizar el cumplimiento de derechos humanos, en el derecho a la libertad de opinión y expresión consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual posee rango constitucional a partir de la reforma constituyente del año 1994; y por otro lado, el derecho al desarrollo, que se encuentra consagrado en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.

Es pertinente, en este sentido, destacar que la reforma mencionada del año 1994 enumeró en el artículo 75, inciso 22 una serie de tratados internacionales referidos a los derechos humanos, a los que le otorgó jerarquía constitucional, haciendo la salvedad de que estos no derogan el articulado de la parte dogmática de la Constitución, sino que se entienden como complementarios de los derechos y garantías que allí se reconocen, sumando normas y preceptos que deben conciliarse y coexistir con las libertades y derechos expresados en la primera parte de la Constitución Nacional (Hitters, 2014). En este sentido, también es necesario remarcar que

el derecho internacional de los derechos humanos es de esencia subsidiaria por lo que la obligación primaria de los jueces y órganos del Estado es efectuar ellos mismos esta revisión de Convencionalidad (control primario) y en su caso descartar o inaplicar las normas internas que infrinjan los pactos internacionales. Y esta tarea no solamente deben llevarla a cabo los jueces sino también el Poder Ejecutivo y a la par el propio Parlamento, que tiene el deber de no dictar preceptos violatorios de los Tratados (Hitters, 2014: 14).

Haciendo referencia a los derechos mencionados con anterioridad, observamos que en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su segundo inciso se expresa lo siguiente:

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

Sobre este pacto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el año 2004, en su observación general n° 31, establece que “se impone a los Estados Parte la obligación general de respetar los derechos reconocidos en el Pacto y de garantizar su disfrute a todos los individuos que se hallen en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción” (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2004. Observación General n° 31, inciso 3); y, además, estipula que “todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y demás autoridades públicas o gubernamentales, sea cual fuere su rango –nacional, regional o local– están en condiciones de comprometer la responsabilidad del Estado Parte” (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2004. Observación General n° 31, inciso 4).

El otro de los instrumentos jurídicos mencionados es el que corresponde a la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución N° 41/128 del 4 de diciembre de 1986.

En su artículo primero la Declaración, señala que

el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

Y, posteriormente, al mencionar la responsabilidad de los Estados para efectivizar el cumplimiento de dicha declaración, señala que los mismos

deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos (Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, artículo 8, inc. 1).

Prosiguiendo sobre esta responsabilidad, en el artículo 10 se sostiene que “deben adoptarse medidas para asegurar el pleno ejercicio y la consolidación progresiva del derecho al desarrollo, inclusive la formulación, adopción y aplicación de medidas políticas, legislativas y de otra índole en el plano nacional e internacional”.

Ahora bien, más allá de estos dos derechos mencionados en los fundamentos del decreto en cuestión, también es necesario marcar la importancia del acceso a las TIC en pos de garantizar otro tipo de derechos humanos, como lo son el trabajo, la educación y la salud. Estos derechos se encuentran consagrados en distintos artículos de la Constitución Nacional, y también están revalidados en los tratados internacionales que poseen rango constitucional y se encuentran enumerados en el artículo 75, inciso

22. Solo a modo de ejemplo podemos mencionar que la Declaración Universal de Derecho Humanos, en su artículo 23, señala que toda persona tiene derecho a acceder a un trabajo y que se lo proteja del desempleo; en el artículo 25 se hace referencia a que el Estado debe asegurar el derecho a la salud, y en el artículo 26 se menciona al derecho a la educación. A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño sostiene en su artículo 24 que ningún niño deberá ser privado de su derecho a acceder a los servicios sanitarios; en el artículo 28 se sostiene que se debe garantizar el acceso a la educación; y, previamente, en el artículo 13 se reafirma el derecho a la libertad de expresión, y en el 17 se menciona la importancia de garantizar el acceso al derecho a informarse:

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.

Las TIC se volvieron fundamentales para poder garantizar tanto el derecho a la libertad de opinión y expresión, el derecho al desarrollo como así también otros derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional. El contexto de asilamiento generado por la pandemia del COVID-19 puso en riesgo el cumplimiento de estos derechos, ya que la imposibilidad de circulación requería la necesidad de arbitrar los medios necesarios para que la población pueda seguir teniendo acceso a los derechos mencionados desde sus hogares.

Es por este motivo que en el marco de esta situación de emergencia surgen distintas aplicaciones y herramientas para que se puedan seguir garantizando distintos derechos; a modo de ejemplo, podemos mencionar la aplicación Cuid-AR, para garantizar la circulación; Vacunate PBA, para garantizar el acceso a la salud; también tienen lugar la modalidad de clases virtuales en pos de garantizar el derecho a la educación y, por otro lado, podemos mencionar la reconversión en teletrabajo a distancia para aquellos trabajadores que no podían concurrir a sus lugares de trabajo, pero de esta manera podían sostener su derecho al trabajo.

Antecedentes normativos: Ley N° 27078 y Decreto N° 267/15

Previo a hablar puntualmente del Decreto N° 690/2020, es necesario remontarnos un tiempo atrás para hablar de la Ley N° 27078 Argentina Digital, la cual sienta ciertas bases que darán luego el sustento al decreto en cuestión.

En este sentido, es necesario remarcar que la Ley N° 27078, sancionada en diciembre del año 2014, establece en su artículo segundo que

la presente ley tiene como finalidad garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones, reconocer a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva de nuestra Nación, promover el rol del Estado como planificador, incentivando la función social que dichas tecnologías poseen, como así también la competencia y la generación de empleo mediante el establecimiento de pautas claras y transparentes que favorezcan el desarrollo sustentable del sector, procurando la accesibilidad y asequibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones para el pueblo.

De esta manera podemos observar cómo en esta normativa queda plasmada la voluntad del Estado de instrumentar los mecanismos necesarios para que la población pueda garantizar su derecho humano a acceder a las comunicaciones y telecomunicaciones principalmente a través de las TIC.

Más allá de este reconocimiento, la ley también incorpora el aspecto económico en materia de mercado en que se desarrollan las TIC al mencionar en el segundo párrafo del artículo segundo que “se busca establecer con claridad la distinción entre los mercados de generación de contenidos y de transporte y distribución de manera que la influencia en uno de esos mercados no genere prácticas que impliquen distorsiones en el otro”.

Y posteriormente, en el tercer párrafo, reconoce la necesidad de garantizar las herramientas necesarias en pos de cuidar a los actores menos fuertes del mercado de las telecomunicaciones sosteniendo que

se garantizará el desarrollo de las economías regionales, procurando el fortalecimiento de los actores locales existentes, tales como cooperativas, entidades sin fines de lucro y pymes, propendiendo a la generación de nuevos actores que en forma individual o colectiva garanticen la prestación de los servicios de TIC.

En el artículo 15 de esta ley también se reconoce “el carácter de servicio público esencial y estratégico de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en competencia al uso y acceso a las redes de telecomunicaciones, para y entre licenciatarios de Servicios de TIC”, y posteriormente se establece en los artículos 17, 18 y 19 la creación de un “servicio universal” que garantice el acceso a las TIC a toda la población.

En el análisis que desarrolla Marta Maule sobre las implicancias de la presente ley, la autora señala que “la sanción de la Ley Argentina Digital en 2014 vino a cristalizar el protagonismo del Estado como planificador en el sector de las telecomunicaciones, un rol necesario e indiscutible” (Maule, 2021: 3). Y profundizando con los alcances de dicha ley, destaca una serie de elementos fundamentales que se desprenden de la normativa:

1) Declaración de interés público; 2) Exclusión de regulación de contenidos; 3) Inviolabilidad de las comunicaciones extendida a los medios electrónicos; 4) Especificidad de marcos regulatorios por servicio; 5) Servicio público esencial y estratégico de las TIC en competencia; 6) Homologación y certificación de equipos; 7) Reconocimiento del usuario de Servicios TIC; 8) Regulación asimétrica a prestadores con poder significativo de mercado; 9) Prestación en régimen de competencia previa licencia habilitante; 10) Coordinación interjurisdiccional para el despliegue de redes de telecomunicaciones; 11) Redefinición del régimen de Servicio Universal; 12) Espectro Radioeléctrico bajo el régimen de dominio público; 13) Prioridad de uso para la prestación de facilidades satelitales a satélites argentinos; 14) Obligación de acceso e interconexión entre licenciatarios; 15) Regla de libertad de precios para Servicios TIC; 16) Servicio Público Telefónico; 17) Régimen de transición y régimen para prestadores entrantes al mercado de servicios de comunicación audiovisual (Maule, 2021: 3).

Ahora bien, un año después, en diciembre de 2015, mediante el Decreto N° 267/15 se realizaron varias reformas en la Ley N° 27078, que como consecuencia generaron una desnaturalización de lo estipulado originalmente en el artículo 15, en el cual se establecía a las TIC como servicio público; y si bien no fueron derogados los otros artículos mencionados que hacen referencia a garantizar el derecho humano a las comunicación y telecomunicaciones y el correspondiente a la creación de un “servicio universal”, en la practica el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) no estableció los mecanismos necesarios para llevar a la práctica lo establecido en el articulado de la normativa.

Tanto la Ley N° 27078 como las limitaciones que sufrió esta normativa a partir del Decreto N° 267/15 dieron sustento a la decisión del Gobierno elegido en 2019 a realizar acciones para que en el marco de la pandemia se pueda garantizar el acceso a las comunicaciones. Y es con este fin que el Decreto N° 690/2020 retoma lo establecido previamente en la Ley N° 27078 y amplía el objeto alcanzado al considerar que los “Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia”, y, a su vez, incorpora a la telefonía móvil en todas sus modalidades como servicio público.

Normativa en el marco de la pandemia. Decreto N° 690/2020

A partir de la situación de crisis sanitaria mundial que venimos describiendo, la cual condujo a la necesidad de que las autoridades nacionales tomaran medidas de carácter urgente e inmediato en su aplicación con el fin de cuidar a la ciudadanía, el Gobierno tomó una serie de medidas a través de la herramienta jurídica de decretos por razones de necesidad y urgencia (DNU). Los DNU surgen como potestad presidencial a partir del artículo 99, inciso tercero de la Constitución Nacional, donde se establece que

solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

Así mismo, la Constitución establece que estos decretos posteriormente deben ser refrendados por la Comisión Bicameral Permanente del Congreso.

Es así como el presidente de la nación, en uso de sus facultades, dicta el DNU N° 260/2020, en el que establece la imposibilidad de aumentos de tarifa hasta diciembre del 2020 por parte de

los licenciatarios y las licenciatarias de TIC, incluyendo a los y las titulares de los servicios de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico y los correspondientes a los servicios de telefonía fija o móvil, en cualquiera de sus modalidades, así como a los servicios de televisión satelital por suscripción.

Posteriormente se dicta el DNU N° 311/2020, en el que se establece a las prestadoras de servicio la imposibilidad de corte y suspensión de los servicios de telefonía fija o móvil e internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital.

En esta misma línea, haciendo referencia al instrumento jurídico que da mayor sustento a la presente investigación, el 21 de agosto de 2020 se sanciona la modificación de la Ley N° 27078 a través del DNU N° 690/2020, en el que se establece que los “Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia”.

El mismo decreto también señala que

Los precios de los servicios públicos esenciales y estratégicos de las TIC en competencia, los de los prestados en función del Servicio Universal y los de aquellos que determine la autoridad de aplicación por razones de interés público, serán regulados por esta.

Función que, como expresa la normativa, queda bajo la órbita de control del Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM).

El Decreto N° 690/2020, además de establecer a la internet y al servicio de televisión prepago como servicios públicos en competencia, también incluye a la telefonía móvil de la siguiente manera: “In-

corpórese como servicio público, al servicio de telefonía móvil en todas sus modalidades. Los precios de estos servicios serán regulados por la autoridad de aplicación”.

Es así como se desprende del presente decreto la voluntad del Gobierno de otorgar la categoría de servicio público a los servicios de internet, televisión prepaga y de telefonía móvil, para poder intervenir en estas prestaciones y así poder garantizar el acceso a las mismas de manera más justa y equitativa por parte de toda la población.

De esta manera queda plasmado cómo el Poder Ejecutivo, a través de sus herramientas constitucionales, tomó medidas necesarias en un contexto extraordinario, con el fin de poder garantizar el acceso al derecho a la libertad de información y expresión y el derecho al desarrollo. Como señalamos anteriormente, las características intrínsecas del DNU también requieren la intervención del Poder Legislativo para su aplicación, la cual tuvo lugar a partir de la declaración de validez del DNU N° 690/2020, plasmada en la Resolución N° 95/2020 del Honorable Senado de la Nación. Por lo cual también vemos una voluntad de parte de este poder en cuanto a garantizar estos derechos, tal como establecen los instrumentos internacionales que consagran estos derechos, donde se explicita la necesidad de que todos los poderes del Estado contribuyan en pos del cumplimiento de estos tratados. Ahora bien, el sistema republicano que adopta la Argentina implica la posibilidad de que el Poder Judicial oficie de contralor sobre este tipo de medidas, y ahí es donde observamos que el cumplimiento de este DNU se encuentra con su aplicación suspendida.

La aplicación del DNU N° 690/2020 según el Poder Judicial

En nuestro país el sistema difuso de control de constitucionalidad que confiere nuestro plexo normativo a los jueces implica que cualquiera de estos tiene potestad para ejercer la tarea de control de legalidad y constitucionalidad de las normativas emanadas del Poder Ejecutivo y del Legislativo.

En este sentido, ante la sanción del Decreto N° 690/2020, distintas empresas prestadoras de servicios de TIC, que vieron una posible afectación a su rentabilidad en el cumplimiento de dicha medida, realizaron distintas presentaciones judiciales con el fin de impedir la aplicación de DNU.

Por la extensión del presente trabajo resulta improcedente poder detallar cada una de las medidas solicitadas por las empresas y el tratamiento que la justicia le ha dado a las mismas; pero sí me detendré en mencionar algunas con el fin de poder dejar plasmado de la mejor manera qué rol ha cumplido la justicia en relación con la aplicación de DNU N° 690/2020.

En primer lugar, señalar que en una de las primeras medidas cautelares que tuvieron lugar el 16 de diciembre de 2020, en el Juzgado Federal de Córdoba N° 1, el juez Bustos Fierro en la causa “TV Cable Color S.R.L. c/ Estado Nacional- PEN s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” falló en favor de la presentación realizada por TV Cable Color para suspender lo dispuesto en el DNU N° 690/2020, utilizando como argumento principal que

si la requirente no puede recuperar sus inversiones y realizar nuevas se resentirán los servicios que presta y ello impedirá garantizar los mismos a toda la población que, según se expresa, es la finalidad buscada con el dictado del DNU.

Por lo contrario, ante una presentación de similares características, el Juez Federal en lo contencioso administrativo, Dr. Lara Correa, en el fallo sobre la causa “Telecom Argentina SA c/EN-ENACOM y otro s/medida cautelar (autónoma)”, con fecha de 28 de enero de 2021 rechaza el pedido realizado por Telecom S.A. sosteniendo que la empresa no acreditó de qué manera se verían perjudicadas sus finanzas a partir del decreto en cuestión; además sostuvo que el proceso administrativo del dictado del DNU y su posterior aprobación por la Comisión Bicameral fueron los correctos según lo establecido en la Constitución; y también tuvo en cuenta el contexto y la finalidad que propició la sanción de esta normativa, al sostener que la misma fue dictada “en el marco de la pandemia mundial del SARS-COV-2 (COVID-19) que produjo una crisis mundial, que afectó, a todos los ciudadanos, por ello la finalidad del régimen mencionado es la protección del ejercicio de publicar ideas; de profesar libremente el culto; de enseñar y aprender; conectar, comunicar –entre otros derechos–, es decir, garantizar los derechos humanos” (considerando VI.2).

A su vez, la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativa Federal, al revisar luego de ser apelada la resolución sobre la causa “Telecom Argentina SA c/EN-ENACOM y otro s/medida cautelar (autónoma)”, con votos de la mayoría representados en los magistrados López Castiñeira y Márquez, y la Dra. Caputi en disidencia, hizo lugar al pedido de medida cautelar de la empresa Telecom S.A., haciendo principal hincapié en los dos elementos centrales que otorga la jurisprudencia para dar lugar a este tipo de medidas: verosimilitud del derecho invocado y peligro en la demora.

En este sentido, la Cámara, en el considerando número 9, sostiene que el requisito de verosimilitud del derecho invocado se encuentra debidamente verificado

habida cuenta que los dispositivos en cuestión dan lugar a una alteración sustancial del régimen jurídico de los servicios prestados por Telecom (v.gr., de servicios en libre competencia a servicios públicos), importando ello una total sujeción de su prestación a criterios regulatorios elaborados por la Administración, con total modificación de las condiciones bajo las cuales fueron originalmente regulados, autorizados y habilitados, sujetando su gestión a un régimen exorbitante –propio del derecho administrativo–, que implica reconocer las más amplias prerrogativas al Estado Nacional para incidir en la actividad.

Por otra parte, en lo relativo al peligro en la demora, en el considerando 12 el Tribunal, señala que este

se encuentra configurado en autos por la apuntada circunstancia, a lo que se deben añadir como factores de singular relevancia, los efectos adversos que provoca a la empresa accionante, el régimen de retribu-

ción que resulta de las normas cuestionadas, en la actual coyuntura económica financiera y cambiaria que atraviesa el país, caracterizada, entre otros factores, por una alta inflación y un fuerte deterioro en la valuación del peso frente a las monedas extranjeras; cuyos resultados negativos se ven potenciados por la nueva regulación, que ha generado un cambio significativo en lo concerniente a la retribución por los servicios y a las prestaciones que obligatoriamente debe brindar.

Sobre esta cautelar es que las grandes empresas prestadoras de TIC se amparan para no acatar las regulaciones que dicta el ENACOM, principalmente las correspondientes a topes en los aumentos de tarifas. Motivo por el cual la manifiesta voluntad del Gobierno de intentar garantizar de una manera más eficaz el acceso de la población a los servicios de internet, televisión prepaga y telefonía móvil, a través del DNU N° 690/2020 aún se encuentra sin poder ser llevada a la práctica por las medidas adoptadas en el ámbito del Poder Judicial.

Conclusiones

Del presente trabajo se desprenden 3 conclusiones principales: en primer lugar, entender que el Estado tiene responsabilidad ineludible en garantizar el acceso a los servicios públicos, por más que la prestación esté a cargo de un privado. En segundo término, sostener la relevancia de enmarcar los tratados de derechos humanos en el rango constitucional, como un elemento de suma importancia para exigir y garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos. Y finalmente, considerar que las TIC constituyen en sí un derecho humano y contribuyen en garantizar otros derechos, por lo cual el Estado debe generar los mecanismos necesarios para que toda la sociedad pueda acceder a estas prestaciones.

Esta investigación estuvo motivada por la intención de poder echar luz sobre una cuestión que se volvió trascendental en el marco de la pandemia por COVID-19 que azotó a la humanidad, como lo es el acceso a las TIC, ya que a través de estas se pudo sostener cierta continuidad en las actividades que realizaba la población de manera habitual y a su vez poder garantizar el ejercicio de derechos. En este sentido fue que el Gobierno nacional tomó la definición a través del DNU N° 690/2020 de establecer a las TIC, puntualmente a los servicios de internet, telefonía móvil y televisión por cable y satélite, como servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia, y de esta forma poder incidir de manera más directa en lograr que estas prestaciones estén garantizadas en su accesibilidad a toda la población.

El uso y el acceso a las TIC se volvió indispensable para sostener la vida cotidiana de la sociedad y garantizar los derechos de los ciudadanos. En ese sentido se intentó dejar plasmadas las modificaciones que tuvieron lugar en distintos ámbitos con el fin de demostrar de manera categórica las transformaciones continuas que se generan a partir del avance de las TIC en las distintas esferas.

El crecimiento del uso de las TIC tuvo un gran apogeo en el contexto de pandemia, ya que forzó a la implementación del uso de otros medios a los que se venían utilizando con el fin de poder sostener aspectos habituales de la vida de las personas y, a su vez, en pos de poder contribuir a un mejor seguimiento y cuidado en materia de salud de los ciudadanos. A partir de esto se intentó dejar plasmada la necesidad de la población de poder contar con el acceso a las TIC, ya que a través de ellas podían ejercer sus derechos.

Otro de los aspectos abordados en el presente trabajo fue la incorporación de tratados de derechos humanos en la Constitución Nacional, y la existencia de otros tratados internacionales que otorgaron los fundamentos en materia de derechos que esgrimió el Gobierno, principalmente al mencionar el derecho a la libertad de opinión y expresión y el derecho al desarrollo, que son los que dan el sustento en la argumentación del DNU N° 690/2020. Pero también, como pudimos ver en la investigación, las TIC resultaron ser las herramientas necesarias para acceder tanto a estos derechos enunciados en la normativa como así también a muchos otros. A modo de que esto quede clarificado con dos situaciones podemos destacar que la campaña de vacunación, como garantía del derecho a la salud, se implementó a través de turnos otorgados por una aplicación de telefonía móvil; o bien las escuelas en sus distintos niveles pudieron garantizar el derecho a la educación a partir de la continuidad de la enseñanza en el contexto de aislamiento de manera virtual a través del uso principalmente de computadoras y teléfonos móviles.

Finalmente, en el trabajo se mencionaron las potestades derivadas de la Constitución que tiene el presidente para decretar medidas de necesidad y urgencia (DNU) en contextos que así lo ameriten, decretos que también deben ser convalidados por el Poder Legislativo, otorgando de esta manera un principio de legalidad a la normativa en cuestión. Aunque bien, también fueron descritas las acciones realizadas por las empresas prestadoras de servicios que entendieron que con el DNU N° 690/2020 existía la posibilidad de perder rentabilidad en el negocio, y presentaron distintas medidas para evitar su aplicación, las cuales fueron atendidas por parte del Poder Judicial, lo que tiene como corolario que el decreto con fuerza de ley en cuestión aún no haya sido aplicado en su plenitud.

Es así como luego de esto se pudo constatar que en el marco del aislamiento social preventivo y obligatorio, decretado a partir de la pandemia de COVID-19, la circulación de la población se vio restringida y la situación de encierro de las personas llevó al Gobierno a tomar las medidas necesarias en pos de garantizar el acceso a los servicios que permiten la comunicación y la obtención de información, y que el acceso a dichos servicios se otorgue de manera universal y no se vea limitado a partir de las políticas tarifarias de las empresas. Es por eso que el presidente dictó el DNU N° 690/2020 en el que se declara a los servicios de internet, telefonía móvil, y televisión por cable y satelital como servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia con el fin de poder garantizar en la ciudadanía el derecho a la libertad de opinión y expresión, y el derecho al desarrollo. Y, a su vez, pudimos observar en el trabajo el acceso a las TIC no solo permite garantizar el ejercicio de los derechos que menciona el DNU sino también a mucho otros imprescindibles para el conjunto de la sociedad y que se encuentran consagrados en la Constitución Nacional.

Para concluir, me gustaría enfatizar en la idea de que las TIC en la actualidad se convirtieron en herramientas que nos dan acceso y nos ayudan a ejercer derechos en plenitud, motivo por el cual el Estado –en todos sus poderes y niveles– tiene la responsabilidad de instrumentar las medidas necesarias para que el afán lucrativo de las empresas prestadoras de estos servicios no se convierta en un obstáculo de acceso a estas prestaciones por parte de la población, y que el conjunto de la sociedad tenga la posibilidad de gozar de manera universal del uso de las TIC y los beneficios para el desarrollo y el bienestar que estas generan.

Bibliografía

Teoría

- Abeles, M.; Forcinito, K. y Schorr, M. (1998). Regulación del mercado de telecomunicaciones: límites e inconsistencias de la experiencia argentina frente a la liberalización. *Documento de trabajo número 5*. FLACSO: Área Economía y Tecnología. Recuperado de http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/argentina/flacso/no_13_DT5_ABELES_FORCINITO_SCHORR.pdf
- Comadira, J. R. (2003). El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público. En Universidad Austral-Facultad de Derecho, *Servicio público, policía y fomento. / Jornadas sobre servicio público, policía y fomento*. Buenos Aires: Ediciones RAP.
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2004). Observación General N° 31 Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. Recuperado de <https://www.mre.gov.py/simoreplus/Adjuntos/Informes/CCPR%20N%C2%BA%2031.pdf>
- Cormick, M. (2012). Servicios públicos en la actualidad. Hacia políticas de utilización eficiente de los subsidios. *Revista Derecho Público*. Año I, N° 3. Ediciones Infojus.
- Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) (2021). Indicadores de mercado. Recuperado de <https://indicadores.enacom.gob.ar/>
- Hitters, J. C. (2014). La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados de Derechos Humanos a 20 años de su vigencia. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-UNLP*, 44, 1-17. Recuperado de <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/43512>
- Maule, M. (10 de mayo de 2021). Ley 27.078 y DNU 690/20: Reflexiones sobre la regulación sectorial. *Políticas TIC*. Observatorio de Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Avellaneda. Recuperado de <https://modulopoliticastic.com.ar/ley-27-078-y-dnu-690-20-reflexiones-sobre-la-regulacion-sectorial/>.
- Maule, M. y Brizio, A. (noviembre de 2021). Reflexiones sobre regulación y política pública sectorial: entre modificaciones y cautelares a la Ley Nro. 27.078. *Revista Argentina de Regulación y Derecho de las Telecomunicaciones*, 2.

Jurisprudencia

- “TV Cable Color S.R.L. c/ Estado Nacional- PEN s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 10563/2020, Juzgado Federal de Córdoba N° 1, año 2020.

“Telecom Argentina SA c/EN-ENACOM y otro s/medida cautelar (autónoma)”, Expte. CAF N° 12.881/2020, Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 10, año 2021.

“Telecom Argentina SA c/EN-ENACOM y otro s/medida cautelar (autónoma)”, Expte. CAF N° 12.881/2020, Sala II Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2021.

Normativa

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, Naciones Unidas. Ratificado en Argentina en 1986.

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Naciones Unidas. Ratificado en Argentina en 1986.

Ley N° 24430, 1994. Constitución de la Nación Argentina. Promulgada el 3 de enero de 1995.

Ley N° 27078, 2014. Tecnología de la Información y las Comunicaciones. Promulgada el 18 de diciembre de 2014.

Decreto N° 297/2020. Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO). Publicado el 19 de marzo de 2020.

Decreto N° 311/20. Emergencia Sanitaria. Publicado el 24 de marzo de 2020.

Decreto N° 260/2020. Emergencia Sanitaria. Publicado el 12 de marzo de 2020.

Decreto N° 690/2020. Argentina Digital. Publicado el 21 de agosto de 2020.

Decreto de la Provincia de Buenos Aires N° 41/2021. Campaña de Vacunación. Publicado el 3 de febrero de 2021.

La nulidad del acuerdo stand-by entre la Argentina y el FMI

Apuntes para pensar un problema nacional



Juan Pablo Caputo

Introducción

El eje central de este artículo será la deuda externa contraída con el Fondo Monetario Internacional (FMI) en el año 2018, y sus tres objetivos generales serán: 1) brindar nociones básicas vinculadas con el presente asunto; 2) examinar si el acuerdo de stand-by contraído por nuestro país con el FMI es válido o nulo; y 3) construir un insumo que aporte al debate que se suscite entre operadores jurídicos, investigadores, profesionales de otras disciplinas e integrantes de nuestra comunidad sobre esta temática.

A su vez, este trabajo se estructurará sobre la base de los siguientes objetivos particulares: a) otorgar definiciones y precisiones útiles sobre lo que se entiende por deuda externa; b) encuadrar jurídicamente a la deuda pública en el derecho argentino; c) caracterizar al FMI; d) detallar qué tipo de “préstamos” otorga este organismo multilateral y qué condicionalidades impone; e) describir brevemente la historia del vínculo entre la Argentina y el FMI; y f) exponer posibles transgresiones al convenio constitutivo del FMI, al sistema interamericano convencional de derechos humanos, como también a diversas normas del derecho interno argentino que la celebración del acuerdo stand-by ha implicado.

En pocas palabras, se esbozará un mapa de la cuestión con la finalidad de que, cuando debamos afrontar esta sinuosa problemática, podamos hacerlo con la mayor claridad posible sobre cuál es el terreno sobre el que estamos pisando los casi 50 millones de argentinos que somos.

¿De qué hablamos cuando hablamos de deuda externa? Definiciones y encuadre jurídico

Una operación de crédito público es un mecanismo jurídico para obtener recursos, el cual da lugar al nacimiento de una deuda de forma inmediata. Todas las operaciones que ello implica son todas las técnicas jurídicas mediante las cuales el Estado obtiene recursos financieros con la contraprestación de devolver en cierto plazo la suma obtenida más un interés. Esto implica una relación intergeneracional, ya que la generación presente hace uso de medios económicos cuya cancelación recaerá en una generación futura (Corti, 2011: 618-692).

Por su lado, puede diferenciarse la noción de crédito público, empréstito público y deuda pública. Estos tres conceptos refieren respectivamente a: 1) la confianza del prestador en el reembolso prometido o la aptitud estatal para obtener dinero; 2) el mecanismo, procedimiento o medio por el cual el Estado usa el crédito y obtiene dinero o financiamiento; y 3) el resultado de las diversas operaciones de crédito público, como también el pasivo estatal resultante de la obtención de fondos mediante la emisión de empréstitos, a través de los cuales se hace efectivo el crédito público (Ascárate, 2020; Piaggio, 2009).

Además, es necesario explicitar qué acepciones le ha dado el mundo del derecho al “empréstito público”. Entre otras clasificaciones, este puede ser entendido como: a) un acto unilateral de soberanía; o b) como si fuese un contrato (Pravato, 2021).

En ese sentido, el empréstito, visto como acto unilateral de soberanía, se corresponde con lo dicho por Luis María Drago. Este autor aseveró que, cuando se organiza este instrumento mediante la colocación de títulos o bonos, es idéntico en términos sustanciales a la emisión de moneda. Dado este encuadre, los créditos que otorgan estos instrumentos no podrían ser cobrados mediante acciones judiciales.

Por su parte, de considerar que el empréstito es un contrato, este puede ser entendido bajo diversas modalidades:

i) contrato de derecho privado: al salir al mercado mediante la emisión de títulos, el Estado se sometería a un régimen jurídico en pie de igualdad con los particulares acreedores. Esta es la tesis que adoptó la Corte Suprema de los Estados Unidos en el precedente “Perry vs. US”.

ii) contrato de derecho público: esta postura fue la receptada por nuestra Corte Suprema de Justicia en los antecedentes “Contipel Catamarca”¹ y “Galli”.²

iii) contrato *sui generis*: los empréstitos existirían en una zona mixta que participa simultáneamente de caracteres del derecho público y del derecho privado. En tal orden, las prerrogativas de la Administración frente al particular estarían atenuadas, dada la forma de ejecución contractual, en la cual el

1 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Contipel Catamarca S.A. c/ Banco de la Nación Argentina s/ contrato administrativo”. Fallos 326:4328.

2 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Galli Hugo Gabriel y otro c/ PEN ley 25561 Dtos. 1570/01 214/02 s/amparo”. Fallos 328:690.

cocontratante cumple al inicio con su entera obligación, y no queda a la Administración margen de dirección, control, sanción o rescisión posible.

iv) naturaleza compuesta o mixta - la “soberanía legislativa”: el régimen jurídico de los empréstitos varía según estos sean internos o externos, dado que el prestamista local queda sometido incondicionalmente a la potestad legislativa del Estado emisor en el primer caso, mientras que, en el préstamo externo, se amplía la protección que goza el acreedor al no poder el Estado modificar unilateralmente el contrato como tampoco puede hacerlo a través de un tratado.

En otro orden de ideas, el sistema jurídico argentino posee prescripciones constitucionales y legales en materia de deuda pública que deben considerarse.

En particular, la Constitución determina en el artículo cuarto que el Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional formado de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la nación o para empresas de utilidad nacional. Por su parte, en los incisos 4 y 7 del artículo 75 se sostiene que será atribución del Congreso contraer empréstitos sobre el crédito de la nación y arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la nación.

Por otro lado, la Ley N° 24156 es el marco legal de la deuda externa argentina. En tal sentido, su artículo 5 relata que la administración financiera estará integrada por los sistemas presupuestario, de tesorería, de contabilidad y de crédito público. A su vez, el artículo 56 postula que este sistema se rige por las disposiciones de esta ley, su reglamento y por las leyes que aprueban las operaciones específicas.

De manera subsiguiente, esta norma define al crédito público como la capacidad que tiene el Estado de endeudarse con el objeto de captar medios de financiamiento para realizar inversiones reproductivas, para atender casos de evidente necesidad nacional, para reestructurar su organización o para refinanciar sus pasivos, incluyendo los intereses respectivos.

El artículo 57 dispone que el endeudamiento que resulte de las operaciones de crédito público se denominará deuda pública. Este puede originarse en: a) la emisión y colocación de títulos, bonos u obligaciones de largo y mediano plazo, constitutivos de un empréstito; b) la emisión y colocación de letras del Tesoro cuyo vencimiento supere el ejercicio financiero; c) la contratación de préstamos; d) la contratación de obras, servicios o adquisiciones, cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de más de un (1) ejercicio financiero posterior al vigente; e) el otorgamiento de avales, fianzas y garantías, cuyo vencimiento supere el período del ejercicio financiero; y f) la consolidación, conversión y renegociación de otras deudas.

Además, el Congreso clasificó en el artículo 58 de esta ley a la deuda pública en interna y externa, como también en directa e indirecta. En lo que aquí interesa, diremos que deuda externa es aquella contraída con otro Estado u organismo internacional o con cualquier otra persona física o jurídica sin residencia o domicilio en la República Argentina y cuyo pago puede ser exigible fuera de su territorio. Por su lado, deuda pública directa de la administración central es aquella asumida por la misma en calidad de deudor principal.

La reglamentación de dicho artículo determina que, al efecto de su registración y contabilización, la deuda pública y las letras del Tesoro de conformidad con los lineamientos establecidos en el artículo 57 de la Ley N.º 24156, podrán registrarse como deuda en moneda nacional y deuda en moneda extranjera.

Sobre la deuda en moneda extranjera, esta es definida como aquella contraída en otras denominaciones que la de curso legal, con otro Estado u organismo internacional o con cualquier otra persona física o jurídica, domiciliada o no en la República Argentina y cuyo pago sea exigible dentro o fuera del territorio nacional. Debe aclararse que, en aquellos casos en que se coloquen títulos, bonos, obligaciones de largo y mediano plazo o letras del Tesoro, se considerará deuda externa a aquella cuya jurisdicción aplicable no sea la ley local.

¿Qué es el FMI?³

El FMI nació en la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas y Asociadas, celebrada en el Mount Washington Hotel, Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos, del 1 al 22 de julio de 1944 (Brenta, 2013: 21). Durante el último día, los representantes de todas las delegaciones firmaron el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional y del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

Este convenio entró en vigor recién el 27 de diciembre de 1945, luego de ser ratificado por veintinueve gobiernos, los cuales acumularon un capital mínimo requerido para comenzar a funcionar. De forma subsiguiente, se agregaron otros países por lo que la cantidad de miembros se elevó a treinta y cinco, lo que representó el 83,22% de las cuotas de los representantes de la conferencia (Brenta, 2013: 32).

Además del convenio constitutivo, el cual fue modificado en seis oportunidades, se instituyó un estatuto⁴ y un reglamento.⁵ El primero complementa el convenio y el segundo establece normas de operación y de procedimiento, las reglas, como también las interpretaciones para implementar los fines y facultades del FMI (Brenta, 2013: 34).

En línea con ello, los fines previstos formalmente por este organismo multilateral son: i) crear un organismo permanente para resolver cuestiones monetarias internacionales; ii) facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional, contribuyendo así a alcanzar y mantener altos niveles de ocupación y de ingresos reales y a desarrollar los recursos productivos de todos los países miembros como objetivos primordiales de política económica; iii) fomentar la estabilidad cambiaria, procurar que los países miembros mantengan regímenes de cambios ordenados y evitar depreciaciones cambiarias competitivas; iv) establecer un sistema multilateral de pagos para las transacciones corrientes.

3 Durante un tiempo considerable, en nuestro país, esta fue una pregunta que no era relevante para la vida cotidiana de todos/as los/as argentinos/as. Con esto quiero decir que la situación que hoy vivimos no posee un carácter infranqueable, es decir que las cosas pueden ser de otro modo.

4 Ver <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bl/spa/bl00.htm>

5 Ver <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bl/spa/rr01.htm>

tes que se realicen entre los países miembros, y eliminar las restricciones cambiarias que dificulten la expansión del comercio mundial; v) colocar a disposición de los países miembros recursos del Fondo para corregir los desequilibrios de sus balanzas de pago, sin recurrir a medidas perniciosas; y vi) acortar la duración y aminorar el grado de desequilibrio de las balanzas de pagos de los países miembros.

Por otro lado, el artículo segundo distingue entre fundadores, los cuales adhirieron hasta el 31 de diciembre de 1945, y los otros países miembros. Esta diferenciación se dio entre los Estados alineados con la política exterior estadounidense, en aquel momento de los neutrales, y los del Eje. Noemí Brenta dirá que, si bien no se fijaron oficialmente condiciones diferentes a cada categoría de países, la discrecionalidad de las decisiones del directorio ejecutivo permite discriminar el trato a los miembros según su alineamiento político y su relación con los intereses de los principales suscriptores (Brenta, 2013: 35-36).

En ese sentido, la membresía del FMI abarca a 188 de los 193 miembros de las Naciones Unidas (Brenta, 2013: 36-37). El Fondo asigna a cada país una cuota de participación que, en su conjunto, son la principal fuente de recursos del Fondo para prestar a sus miembros. Estas determinan el número de votos de cada integrante, el monto de financiamiento a obtener y la asignación de los derechos especiales de giro (DEG).

¿Qué son los DEG? Estos son la unidad de cuenta oficial del FMI. Desde 1973, su valor se calcula a través de una canasta compuesta por las principales monedas, ponderadas según su importancia en el comercio internacional y su uso como reservas de los países miembros.

Actualmente, la última revisión de la canasta valorativa del DEG fijó la siguiente composición: dólar estadounidense (41,9%), euro (37,4%), libra esterlina (11,3%) y el yen (9,4%). Cabe añadir que la cotización del DEG se calcula de forma diaria según las variaciones de las monedas utilizadas (Brenta, 2013: 61).

¿Cuál sería el mecanismo de los DEG? A priori, su creación equivale a la creación de moneda que realiza un banco central: se trata de un crédito que, en principio, no se reembolsa. En función de las cuotas de los países miembros, el Fondo efectúa asignaciones a los diversos bancos centrales las cuales integran parte de sus reservas.

Cuando un país recibe DEG puede conservarlos en sus reservas oficiales, intercambiar libremente DEG por monedas nacionales o cualquier otro activo internacional de reserva –ya sea para financiar un déficit externo–, o incluso para pagar al Fondo en reembolso de préstamos previos o parte del aumento de la cuota.

A su vez, el Fondo realizó cuatro asignaciones de DEG: a) la primera, entre 1970 y 1972, por 9.134 millones de DEG; b) la segunda, entre 1979 y 1981, que llevó a 21.400 millones de DEG su monto total; y c) las dos últimas por medio de las cuales se totalizaron 310.000 millones de dólares en 2012.

Dicho esto, ¿qué son las cuotas de los países ante el FMI? Son los componentes fundamentales de la estructura financiera y de gobierno del Fondo, expresados justamente en DEG, las cuales reflejan en términos generales su posición económica relativa en la economía mundial.⁶

Los montos iniciales de las cuotas se estipularon a partir de una fórmula que buscaba garantizar dos asuntos: 1) que el aporte de Estados Unidos rondara los US\$ 2.5 millones; y 2) que los cuatro grandes aliados de la segunda guerra mundial, es decir, Estados Unidos, Reino Unido, Unión Soviética y China, estén ubicados en los primeros lugares (Brenta, 2013: 38).

A partir de 1978, el 25% de la cuota debe pagarse en DEG o en monedas de amplia aceptación. El 75% restante de la cuota se paga en moneda nacional del país miembro, la cual puede entregarse a la vista, no negociables y sin interés, y obligaciones similares emitidas por él o por la depositaria oportunamente asignada (Brenta, 2013: 44).

Para dar un marco de referencia global, Brenta señala que las cuotas de participación en el capital de cada integrante son las siguientes: a) Estados Unidos: 16,75% (2013: 53); b) Japón: 6,56%; c) Alemania: 6,12%; d) Francia: 4,51%; e) Reino Unido: 4,51%; f) China: 4%; g) Italia: 3,31%; h) Arabia Saudita: 2,93%; i) Canadá: 2,67%; j) Rusia: 2,5%; k) India: 2,44%; l) Holanda: 2,17%; m) Bélgica: 1,93%; n) Brasil: 1,79%; ñ) España: 1,69%; o) México: 1,52%; p) Suiza: 1,45%; q) Corea: 1,41%; r) Australia: 1,36%; s) Venezuela: 1,12%; t) Suecia: 1,01%; u) Argentina: 0,89%, entre otras (2013: 38-43).

Esto es importante debido a que la cuota de un país determina sus votos en las decisiones del Fondo⁷ (Brenta, 2013: 52). En estos términos, la mayoría de las decisiones requieren mayoría simple de los votos emitidos, pero las más importantes exigen mayorías especiales que implican el 70% o del 85% de los votos.

Al tener un 31,25% de las cuotas y el 27% de los votos desde 1944, el único país que cuenta con las cuotas suficientes para ejercer un poder exclusivo de veto es Estados Unidos. A saber, las decisiones que están sujetas a una mayoría agravada y que son susceptibles de este poder de veto son: a) las condiciones de regímenes de cambios basados en paridades estables pero ajustables; b) asignación y cancelación de DEG; c) aumento o disminución del número de directores ejecutivos electivos; d) interpretación del Convenio del FMI; e) modificación de las cuotas; f) determinación de márgenes para las transacciones cambiarias al contacto; g) normas de uso de recursos generales del FMI; h) prescripción de otros tenedores de DEG; i) uso de activos de cuenta especial de desembolsos en operaciones y transacciones no autorizadas en otras disposiciones y para distribución entre los países miembros en desarrollo; j) suspensión temporal de operaciones y transacciones en DEG; k) modificación del principio de valoración de los DEG; l) autorización de tenedores oficiales de DEG a no miembros; m) admisión de nuevos miembros; n) separación obligatoria de un país miembro; ñ) enmienda del convenio constitutivo, entre otras.

6 Ver <https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2022/IMF-Quotas#:~:text=Las%20cuotas%20son%20los%20componentes,unidad%20de%20cuenta%20del%20FMI>

7 Actualmente, se corresponden 250 votos básicos a cada miembro más un voto por cada DEG 100.000.

Por su lado, también es necesario preguntarse cómo se gobierna y organiza el FMI. Su dirección política está a cargo de: a) la Junta de Gobernadores: está integrada por un titular y un suplente nombrados por cada país miembro, los cuales suelen ser los ministros de hacienda y los presidentes de los bancos centrales; b) el Comité Monetario y Financiero Internacional: está integrado por veinticuatro miembros, los cuales suelen ser ministros o presidentes de bancos centrales; y c) el Directorio Ejecutivo.

Este último órgano es el encargado formal de las operaciones del Fondo. Sus 24 miembros son funcionarios a tiempo completo, nombrados o elegidos por los países que los representan, quienes se reúnen cuantas veces lo requieran los asuntos que concierne a este organismo multilateral.

El Directorio tiene a su cargo la gestión de las operaciones generales, por lo que ejerce todas las facultades que en él delegue la Junta de Gobernadores. Al mismo tiempo, supervisa las políticas cambiarias, aprueba o rechaza los retiros de fondos, como también realiza consultas con países miembros.

Cinco de los 24 directores corresponden de forma permanente a los países con mayor número de cuotas: Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia y Reino Unido. Asimismo, Arabia Saudita, China y Rusia tienen derecho a elegir cada uno a un director exclusivo. Por su parte, los 16 directores restantes representan a los 180 países no incluidos anteriormente (Brenta, 2013: 46).

Los “préstamos” del Fondo y las condicionalidades

El FMI facilita dos tipos de servicios de financiamiento: 1) los comprendidos en las políticas generales llamados “tramos de crédito”, los cuales se destinan a financiar problemas de balances de pagos sin especificar su causa; y 2) las facilidades o servicios especiales, cuya aplicación se circunscribe a problemas de balances de pagos por razones específicas.⁸

Dentro del segundo grupo se encuentran los denominados acuerdos de crédito stand-by, es decir el servicio de financiamiento al que nuestro país acudió en el año 2018. ¿Cómo podríamos caracterizarlo? En primer lugar, este es el instrumento facilitado por el FMI que más ha sido utilizado por los países avanzados y de mercados emergentes.⁹

Estos acuerdos cumplirían una serie de propósitos: a) proporcionarían asistencia financiera a corto plazo a los países que afrontan problemas de balanza de pagos; b) prestarían apoyo a los países de ingreso bajo que en general han logrado una situación macroeconómica sostenible; c) brindarían asistencia a los programas económicos de los países que sean acordes con un proceso sólido y duradero de crecimiento y reducción de la pobreza; y d) contribuirían a catalizar la ayuda externa.

En términos normativos, el artículo XXX b) del Convenio Constitutivo del Fondo estipula que, por acuerdo de derecho de giro (acuerdo “stand-by”), se entiende una decisión del FMI mediante la cual

8 Se han concretado frente a pérdidas de ingresos por exportaciones, aumento de los precios del petróleo, crisis financieras, como también salidas bruscas de capitales en mercados emergentes.

9 Ver <https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2023/Stand-by-Credit-Facility-SCF>

se asegura a un país miembro que podrá efectuar compras con cargo a la Cuenta de Recursos Generales de conformidad con los términos de la decisión durante un plazo determinado y hasta una suma específica.

A la vez, el artículo V, sección 3 a) fija las condiciones que regulan el uso de los recursos generales del Fondo. Allí se determina que

el Fondo adoptará normas acerca del uso de sus recursos generales, incluso sobre los acuerdos de derecho de giro (stand-by) u otros acuerdos semejantes, y podrá adoptar normas especiales referentes a problemas específicos de balanza de pagos que ayuden a los países miembros a resolverlos de modo compatible con las disposiciones de este Convenio y que establezcan garantías adecuadas para el uso temporal de los recursos generales del Fondo.

Un sector de la doctrina ha dicho que la naturaleza jurídica del stand-by es la de un acuerdo internacional bilateral, en el cual el organismo y el país miembro consienten derechos y obligaciones para ambas partes, a ejecutar durante un período determinado y conforme con una secuencia convenida, previéndose modalidades de cumplimiento y control de tales obligaciones (Di Giovan Batista, 1990).

Esta operación consiste en la adquisición por parte de un país miembro de divisas a cambio de su propia moneda. Esto implica la venta de una moneda de otro país al contado por parte del Fondo a uno de sus miembros contra una obligación del país que solicita la operación de recomprar a término –y en un plazo determinado– su propia moneda. Es una operatoria muy parecida a los llamados “swaps”.

En sentido coincidente, otras voces de la doctrina postularon que su naturaleza jurídica es “la de un acuerdo de compra de divisas con la propia moneda del miembro, con la obligación de recomprar su moneda en una fecha posterior y de pagar una comisión por el uso de los recursos financieros del Fondo” (Patricio Ferreira Lima y Marsh, 2018: 24).

Dicho de otra manera, un acuerdo stand by consiste en términos operativos en el otorgamiento de una línea de crédito, cuyas modalidades de utilización son previamente debatidas entre el Fondo y el país que lo solicita, y luego vigiladas y verificadas por los expertos del organismo.

A su vez, la doctrina ha dicho que el FMI subordina la conclusión de esta clase de acuerdos a la concreción por parte del gobierno solicitante de un plan económico de estabilización y de ajuste interno contenido en una carta de intención y “memorándum de entendimiento” entre el país beneficiario y el FMI (Di Giovan Batista, 1990).

¿Qué sería una carta de intención? Es un documento firmado y presentado ante el FMI por quien gobierna un país en el que se precisa la política financiera, monetaria y cambiaria que las autoridades de ese país se comprometen a aplicar. Allí se declaran objetivos y medidas a adoptar en materia económica, tales como: a) límites de la expansión de la masa monetaria (y del crédito); b) compromisos

de eliminar o disminuir las restricciones a las transferencias de pagos y a las transacciones corrientes; c) políticas de liberalización de importaciones; d) reducción del déficit fiscal; y e) contracción del crédito interno.

Asimismo, también resulta pertinente preguntarse cómo es el funcionamiento propuesto por el Fondo a los fines de obtener los recursos de los que dispone. A priori, estos no son técnicamente préstamos, ya que cuando el FMI facilita recursos de los países que lo integran a un país miembro, lo que sucede es que este último compra DEG o monedas de otros países miembros a cambio de la propia moneda del país solicitante.¹⁰

A partir de esta operación, el país solicitante deberá reembolsar los montos recibidos dentro de un período determinado, como también deberán pagarse las comisiones e intereses correspondientes.¹¹ De manera subsiguiente, un país miembro deberá recomprar al Fondo la moneda nacional previamente entregada mediante el otorgamiento de divisas¹² (Brenta, 2013: 70-71).

Tal como se señaló en el párrafo anterior, los “préstamos” del Fondo tributan una tasa de interés llamada tasas de cargos, la cual se revisa semanalmente según las fluctuaciones de las tasas de corto plazo en los principales mercados monetarios internacionales. Es pertinente señalar que todo “préstamo” del FMI que implica un uso muy intensivo o prolongado de sus recursos, pagan una sobretasa que se incrementa a medida que supera el 300% de la cuota (Brenta, 2013: 77).

Ahora bien, tal como señaló oportunamente la Auditora General María Graciela de la Rosa, el Fondo no es un prestamista cualquiera, sino que “es un prestamista que impone condicionalidades a la política económica y social de la Argentina. Y esas condicionalidades evidentemente tienen que ver, limitan y restringen la independencia económica y la soberanía política de la Argentina”.¹³

¿Qué es una condicionalidad? En palabras de la Auditoría General de la Nación,¹⁴ un país miembro que solicita un préstamo al FMI acuerda ajustar sus políticas económicas con el objetivo de asegurar el avance en la implementación de un programa y la reducción de los riesgos para los recursos del Fondo. En tal sentido, el país solicitante es el primer responsable en la selección, formulación y ejecución de las políticas que se adopten para alcanzar los objetivos fijados.

En este sentido, una condicionalidad es definida como una “serie evolutiva de directrices sobre la política económica que los países miembros se proponen a seguir como condición para el uso de recursos del FMI” (Brenta, 2013, 80). Dichos lineamientos de política económica garantizarían el repago del

10 Por ejemplo, si Argentina accede a un préstamo del FMI por DEG 100, comprará activos de reserva por esa cantidad a otros miembros, y entregará pesos a cambio de los DEG o los dólares que reciba a través del Fondo. De esta manera, aumentan las tenencias del organismo multilateral de pesos argentinos y disminuyen las de la moneda que retire la Argentina.

11 A saber, el país cuya moneda se ha prestado recibe intereses por el préstamo.

12 Si seguimos el ejemplo de las notas anteriores, Argentina deberá comprar una cantidad de pesos equivalente a DEG 100 y pagarla con la moneda extranjera que recibió con anterioridad.

13 7° Sesión del Colegio de Auditores - 17/05/2023.

14 Informe de auditoría de la Auditoría General de la Nación “Deuda pública acuerdo con el FMI. Impacto sobre la solvencia y la sostenibilidad. Auditoría especializada de deuda pública (Período 2018 – 2019)” - Actualización 294/2020. <https://www.agn.gob.ar/informes/Informe-063-2023>

préstamo y solución a los desequilibrios del balance de pagos que originó el pedido de financiamiento. Estas condiciones pueden tener un carácter económico, financiero y estructural, las cuales se explicitan en los acuerdos firmados con el Fondo y se implementan a través de los programas de ajuste.

De hecho, Di Giovan Battista (1990) ha dicho que el contenido de la carta de intención suele ser

un “programa de ajuste” o de “estabilización” bastante riguroso y que impone una disminución cierta del nivel de vida de la población, a través de las restricciones al crédito y al circulante así como la absorción de recursos por parte del Estado para enjugar su déficit.

¿Qué es un plan de ajuste? Brenta señala que es un programa económico apoyado por el uso de recursos del Fondo, el cual se basa en un análisis de los problemas económicos del país miembro y que especifica las políticas que el país deberá llevar a cabo en las áreas monetaria, externa, fiscal y estructural, según sea necesario, para alcanzar la estabilización económica y sentar las bases para el crecimiento económico autosostenido (Brenta, 2013: 70).

Dado lo antedicho, las condicionalidades se comprometen a través de la presentación de una carta de intención, en donde se describe de forma detallada la situación que originó la solicitud de préstamo, las políticas a seguir para corregir el desequilibrio y las metas para evaluar el cumplimiento o incumplimiento del país prestatario (Brenta, 2013: 83).

Desde este orden de ideas, la implementación de las condicionalidades incluye: a) adopción de medidas previas; b) criterios de ejecución cuantitativos; c) parámetros de referencia estructurales; y d) metas indicativas.¹⁵ Sobre lo anterior, el Directorio Ejecutivo del FMI realiza revisiones de los programas para evaluar si están bien encaminados o si necesitan un ajuste a la vista de nuevos acontecimientos.

Sobre el primer punto, el Fondo puede solicitar a un país que ejecute medidas previas como requisito anterior a la aprobación de un programa de ajuste o del desembolso de un tramo del préstamo (Brenta, 2013: 83). Ejemplos de estas pueden ser la eliminación de subsidios vinculados a la prestación de servicios públicos, modificaciones al régimen de pensiones y jubilaciones o la reducción de restricciones o de aranceles elevados a las importaciones.

Por su parte, un criterio de ejecución es una variable cuya observancia se establece como condición formal a los efectos de percibir un desembolso bajo un acuerdo del FMI. De no cumplirse con dichas medidas, el Fondo puede interrumpir el acceso a los recursos y solicitar medidas correctivas.

Estos criterios pueden comprender: a) límites trimestrales al déficit fiscal o a la proporción en que ese déficit se financia con crédito doméstico; b) techos trimestrales a la expansión del crédito doméstico

15 Ver <https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2023/IMF-Conditionality>

del banco central; c) pisos trimestrales a las reservas internacionales netas (Brenta, 2013: 84-85); d) devaluación del tipo de cambio oficial; o e) suba de la tasa de interés, entre otros.

Los parámetros de referencia estructurales –también llamadas reformas estructurales– pueden consistir en reducir la intervención estatal y abrir los mercados de bienes y servicios a la competencia del exterior (Brenta, 2013: 86). A modo de ejemplo, la oferta de este apartado puede incluir la privatización de empresas públicas, la introducción de un sistema de pensiones privados y la reducción del gasto en pensiones del sector público, la privatización de empresas prestatarias de servicios públicos, como también la liberalización del sector de las telecomunicaciones.

En torno a las metas indicativas, se puede sostener que, con el objeto de realizar un seguimiento de los avances en el cumplimiento de los objetivos de un programa, el Fondo postula medidas flexibles de seguimiento que no operarían como criterios de ejecución. Se pueden mencionar como ejemplos los siguientes: a) mantener la inflación por debajo de cierto porcentaje anual; b) tope máximo a los aumentos salariales; c) límite al endeudamiento público frente al Banco Central; d) reducción progresiva del déficit fiscal, entre otros objetivos.

En función de las variables anteriores, el director ejecutivo del FMI concreta revisiones de los programas para analizar si estas se desenvuelven de manera satisfactoria o si es que se requieren modificaciones. No obstante, Brenta señala que los criterios para completar una revisión no han sido claros a lo largo de la historia, ya que lo que ha regido es la ambigüedad, la confusión y la discrecionalidad para facilitar o bloquear los giros a los países miembros (2013: 87).

El discurso institucional del FMI pregona que sus condicionalidades buscan asegurar el repago de lo otorgado como también corregir los desequilibrios del sector externo que llevaron a un país miembro a recurrir al organismo. No obstante, nuestro país es testigo fiel de que las condicionalidades contribuyeron a la inestabilidad de la economía argentina y favorecieron los intereses estratégicos de Estados Unidos, de los países con influencia global y del gran capital transnacional, industrial y financiero (Brenta, 2020-2021: 321).

Tampoco es posible alegar la existencia de ecuanimidad en el comportamiento del Fondo en este asunto. Tal es así que podemos distinguir tres tipos de países de acuerdo a esta realidad (Brenta, 2013: 81): 1) naciones exentas de condicionalidades, tales como Sudáfrica y Reino Unido; 2) países que han tenido que comprometerse a cumplir una o dos condiciones únicamente *en consideración de las políticas e intenciones de sus miembros respectivos*, como ha sido el caso de Francia, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Pakistán y España; y 3) otras naciones que han tenido que ajustarse al menos a siete condicionalidades, como, por ejemplo, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Haití, Honduras, México, Paraguay, Perú y Argentina.

De hecho, la Argentina ha sido uno de los países sometidos a la mayor cantidad de condicionalidades de los acuerdos de stand-by durante la década de 1990 (Brenta, 2020-2021: 322).

Argentina y FMI: un repaso breve por su relación

Sobre los orígenes de esta relación, cabe señalar que nuestra nación no asistió a la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas y Asociadas que se celebró en Bretton Woods, ya que solo fueron invitados los países aliados, grupo que el país no integraba debido a su posición neutral o no beligerante durante casi la totalidad de la Segunda Guerra Mundial.

En enero de 1946, el expresidente Farrell decide adherir al Fondo y al Banco Mundial, a través del Decreto N° 3185. En julio de ese año, el ex presidente Perón solicitó al Congreso la ratificación de esa decisión, situación que se modificó en 1948 cuando el titular del Poder Ejecutivo Nacional solicitó al Poder Legislativo dejar sin efecto la adhesión a los organismos financieros internacionales.

Los motivos de esta última postura estaban relacionados a la distribución desigual de los aportes de cuotas de los países miembros, debido a que esta aseguraba el predominio de los más grandes y ricos. Asimismo, la línea ideológica que defendía el FMI se encontraba en tensión con los fundamentos de la política económica argentina de aquel entonces: a) tipo de cambio múltiple para transferir recursos entre sectores productivos; b) acuerdos bilaterales de comercio; c) control de cambios; d) sistema financiero centralizado y nacionalizado; y e) el cuasi monopolio estatal del comercio exterior.

Con la llegada de la “Revolución Libertadora” al poder, el gobierno de facto realiza un giro de 180 grados que, entre otras cosas, implicó el ingreso de nuestro país al FMI en 1956. Tan es así que, por decisión de Pedro Eugenio Aramburu, Argentina fue el último país latinoamericano en ingresar al organismo multilateral.

A tales efectos, un factor determinante fue el “Informe Prebisch”, según el cual los créditos blandos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento servirían para desarrollar la infraestructura de nuestro país. En tal sentido, uno de los objetivos centrales de dicho documento fue acercar la política económica nacional al modelo propuesto por el Fondo.

Allí se propuso: 1) liberar los precios; 2) desregular el mercado de cambios, devaluar la moneda y trasladar su incremento a los precios agropecuarios; 3) reducir el salario real; 4) liberar movimientos financieros con el exterior; 5) contraer créditos en moneda extranjera; 6) eliminar el Instituto Argentino de Promoción del Intercambio (IAPI); 7) reducir el crédito interno; 8) suprimir la regulación bursátil del precio de las acciones y de las obligaciones de las empresas privadas; 9) ingresar al FMI para acceder a créditos que faciliten la importación de bienes de capital y préstamos para inversión; entre otros asuntos.

En términos coincidentes, el 31 de agosto de 1956 se dictó el Decreto-Ley N° 15970, a través del cual se ratificaron los Convenios Constitutivos del Fondo y del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. A su vez, Argentina completó la suscripción de su cuota el 20 de septiembre de 1956, por medio de la cual se perfeccionó su ingreso al presente organismo multilateral de crédito (Brenta. 2013: 124).

Desde aquel entonces, la historia del vínculo entre el FMI y nuestro país presenta dos notas distintivas. La primera es que la Argentina es el país de ingresos medios que más tiempo ha permanecido bajo programas del organismo, cuyo número asciende a 23 acuerdos desde el ingreso de nuestro país al Fondo. La segunda es que la Argentina es el miembro que recibió el mayor stand-by de la historia, el cual fue desembolsado en un 80% en solo trece meses (Brenta, 2020-2021: 312).

Ahora bien, ¿qué fue lo que pasó entre nuestro país y el FMI durante el año 2018?

El 12 de junio de dicho año se suscribió una carta de intención de forma conjunta entre el Ministerio de Hacienda y el Banco Central de la República Argentina, en donde se solicitó apoyo al FMI mediante la modalidad de acuerdo arriba descripto por el período de treinta y seis (36) meses. Este acuerdo implicaba un monto de 50.000 millones de dólares estadounidenses, es decir el equivalente al 1000% de la cuota de la República Argentina con el FMI, bajo la modalidad de un crédito stand-by.

Junto a esta carta de intención, se adjuntó un Memorándum de Políticas Económicas y Financieras adjunto como también un Memorándum de Entendimiento Técnico. En el primero, se describieron las políticas públicas que debían desarrollarse por el gobierno argentino durante 2018, y en el segundo se establecieron los criterios de evaluación del desempeño del programa acordado, los objetivos específicos y los deberes de consulta e información asumidos por el país en el marco del acuerdo con el FMI.

Luego se firmaron dos cartas de intención más. Una se suscribió el 18 de junio exclusivamente por la renuncia del ex presidente del Banco Central de la República Argentina, cuyo contenido resultó ser idéntico a lo acordado en primera instancia. Por su parte, el 17 de octubre de 2018 se volvió a suscribir una tercera carta de intención en donde se postuló que, por dificultades calificadas como “imprevistas”, no se pudo concretar el plan de política económica comprometido en la primera carta de intención, cuyo eje había sido “recomponer la confianza del mercado”.

Este último documento amplió el apoyo del FMI a la Argentina en 7.100.000.000 de dólares más. Esto se constituyó globalmente en el otorgamiento de 57.000.000.000 de dólares de parte del organismo multilateral, lo que elevó la relación entre el mencionado préstamo y la cuota de la República Argentina en un 1277%. Como nota al pie, este fue el préstamo más grande que este organismo internacional otorgó desde su fundación.

Dado lo antedicho, ¿para qué se utilizó el “préstamo” del FMI? En palabras de la auditora general de la nación De la Rosa,¹⁶ los fondos desembolsados junto a las reservas internacionales abastecieron a una fuga de capitales del sector privado que alcanzó los 45.000 millones de dólares, de los cuales 11,5 mil millones de dólares equivalen a salida de capitales especulativos y 36,9 mil millones de dólares a servicios de la deuda pública y privada.

Sin hacer juicio de valor alguno, estos han sido los hechos. Veamos qué implicancias puede tener lo relatado en el mundo del derecho.

16 7º Sesión del Colegio de Auditores - 17/05/2023. 18.

Acuerdo Argentina-FMI 2018: ¿existencia de una nulidad?

Las posibles transgresiones que se cometieron al suscribir el acuerdo stand-by con el Fondo en el año 2018 fueron las siguientes: a) la vulneración del convenio constitutivo del FMI al ser el acuerdo stand-by un acto *ultra vires*; b) la inconventionalidad del acuerdo suscripto por nuestro país; y c) la nulidad de acuerdo conforme a las normas de derecho interno argentino.

En cuanto al convenio constitutivo, la doctrina ha dicho que un acto *ultra vires* puede entenderse como un acto realizado fuera o más allá de las funciones o facultades atribuidas normativamente a una organización. En otras palabras, las organizaciones tienen una capacidad jurídica limitada por el derecho positivo, por lo que cualquier acto que sobrepase las facultades de las organizaciones internacionales es inválido y nulo (Patricio Ferreira Lima y Marsh, 2018: 24).

En particular, se ha dicho que la facultad del FMI de prestar apoyo a la balanza de pagos de sus miembros está restringida a una serie de condiciones indisponibles prescriptas en su tratado constitutivo: 1) los recursos generales del Fondo solo se pueden poner a disposición de sus miembros con carácter temporal; 2) el apoyo debe prestarse con las salvaguardias adecuadas; y 3) debe acortar la duración y aminorar el grado de desequilibrio de la balanza de pagos del beneficiario.

En ese sentido, Patricio Ferreira Lima y Marsh (2021: 29) consideran que es mandato exclusivo del FMI “garantizar que esas condiciones se cumplan en todas las circunstancias, adoptando procesos de evaluación y de toma de decisiones adecuadas, así como actuando con diligencia en la aplicación de dichas normas a los casos individuales”. Dicho de otro modo, el acuerdo con el FMI fue un acto *ultra vires*.

Ahora bien, se presentan una serie de problemas frente a esta situación: a) no hay unanimidad sobre el alcance de la invalidez de un acto *ultra vires*; b) los actos adoptados por el FMI no están sujetos a recurso o revisión por parte ningún órgano; y c) de identificar qué órgano tiene jurisdicción y competencia para opinar sobre la validez del acuerdo (Patricio Ferreira Lima y Marsh, 2021: 23 y 27-28),¹⁷ tampoco es clara la eficacia¹⁸ (Kelsen, 2009: 25) que tendría una hipotética declaración de nulidad.

En lo que respecta a la inconventionalidad del acuerdo stand-by, Justo (2020-2021, 617-618) ha dicho que la modalidad en que se instrumentó implicó una violación del Estado argentino a sus obligaciones convencionales en materia de legalidad, participación ciudadana, máxima divulgación y progresividad, consagradas en los artículos 1, 2, 7, 8, 13, 23, 25, 26, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁷ Patricio Ferreira Lima y Marsh detallan que “las opiniones sobre el estatus jurídico de los actos *ultra vires* de carácter fundamental, que podría argumentarse ser el caso del ASB, parecen estar divididas en cuanto a si dichos actos son nulos ab initio o anulables. Algunos autores consideran que los actos y decisiones *ultra vires* de las organizaciones internacionales no deben considerarse nulos ab initio si no es posible apelarlos ante un órgano de revisión. Otros sostienen que, independientemente de la existencia de un órgano de revisión, los actos y decisiones definitivos de las organizaciones internacionales que son manifiestamente *ultra vires* (como sostenemos que es el caso de ASB) deben considerarse nulos ab initio”.

¹⁸ Kelsen sostiene que una norma es eficaz cuando los individuos a los cuales se dirige se adecuan a ella.

Sobre el primer punto, el autor ha dicho que nuestro Estado asumió el compromiso de ejercer el poder público bajo las reglas del gobierno democrático, cuya máxima expresión es el principio de legalidad. En este sentido, es pertinente alegar que la legalidad interna de las medidas gubernamentales se consolidó como un asunto de derecho internacional (Justo, 2020-2021: 599-608).

Debido a lo estipulado por los tratados de derechos humanos de orden regional y universal, la sujeción del Estado a sus propias leyes implica una obligación de carácter internacional que trasciende los límites de nuestro país. De esta manera, Justo ha dicho que juridicidad y derechos fundamentales se conforman como un conjunto indisoluble, motivo por el cual las actuaciones del Estado contrarias a su propio marco normativo pueden generar responsabilidad internacional estatal.

En otras palabras, los defectos en términos de competencia y de procedimiento del acuerdo con el FMI demuestran una clara transgresión convencional.

En lo que respecta a la participación ciudadana, también resulta destacar la existencia de un problema convencional. De acuerdo con los artículos 8 y 23, inciso 1º, ap. a) de la Convención Americana, existe la garantía al “debido proceso participativo” (Justo, 2020-2021: 608-611), el cual impide adoptar una decisión con impacto intergeneracional sin que exista previamente opinión de la comunidad afectada.

En tal orden de ideas, el artículo 23, inciso 1º prescribe que

todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos (ap. a); ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores (ap. b), y iii) a acceder a las funciones públicas de su país (ap. c) (Justo, 2020-2021: 609).

Por su lado, el principio de máxima divulgación –o transparencia activa– está regulado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya premisa central es que toda información en poder del Estado es accesible. Justo dirá que acceder resulta ser una condición esencial de validez de la actuación de las autoridades en una sociedad democrática (Justo, 2020-2021: 612-614).

La aplicación de este principio presupone una serie de reglas y pautas de interpretación, tales como: a) la presunción de publicidad de toda información estatal; b) el consecuente traslado de la carga argumentativa y probatoria de las restricciones hacia el Estado; y c) la disponibilidad efectiva y absoluta de todos sus registros y datos para cualquier ciudadano.

Por tal motivo, el autor postuló que la ausencia de acceso a la información vinculada con el préstamo implicó una infracción a ese principio.

En lo que atañe a la progresividad, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) involucran obligaciones básicas y progresivas. Las primeras exigen un acceso inmediato a niveles mínimos de disfrute de esos derechos, mientras que las segundas implican el deber de poner en marcha estrategias encaminadas a su futura plenitud.

Al implicar fuertes restricciones presupuestarias, Justo (2020-2021: 615-617) dirá que los compromisos asumidos con el FMI se vincularon directamente con los mandatos de progresividad y no regresividad, vigentes en materia de goce de DESCAs, y no solo para la actualidad, sino que esto condicionará tanto a Administraciones como a generaciones futuras.

En este orden de ideas, resultaría atendible lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual sostuvo que la aplicación de acuerdos comerciales de carácter bilateral no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana. El autor aquí trabajado aseveró que el acuerdo con el FMI debió haber sido compatible con un tratado multilateral de derechos humanos con especificidad propia, como es el tratado aquí mencionado (Justo, 2020-2021: 617-618).

Como tercer punto, analizaré las vulneraciones normativas al derecho interno de nuestro país. Para ello, acudiré a algunas manifestaciones del discurso jurídico que ya han abordado esta problemática: a) el “Análisis de los procedimientos aplicados para la celebración del Acuerdo Stand-By suscripto entre la República Argentina y el Fondo Monetario Internacional en 2018”, elaborado por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN); b) el informe “Mercado de cambios, deuda y formación de activos externos en el período 2015-2019”, del Banco Central de la República Argentina (BCRA); c) la providencia PV-2021-22285749-APN-OA#PTE, de la Oficina Anticorrupción (OA); d) la transcripción de la sesión ordinaria del 17 de mayo de 2023 del Colegio de Auditores; e) el informe de auditoría de la AGN “Deuda pública acuerdo con el FMI. Impacto sobre la solvencia y la sostenibilidad. Auditoría especializada de deuda pública (Período 2018 – 2019)” - Actuación 294/2020; f) la acción declarativa de nulidad presentada por el Movimiento Nacional de Fábricas recuperadas (MNER); y g) la solicitud de la Procuración del Tesoro (PTN), constituido como querellante en un expediente judicial que tuvo como eje el endeudamiento externo suscitado en la gestión 2015-2019.

Luego de analizar las piezas aquí citadas, se pueden aseverar los siguientes postulados: 1) el Poder Ejecutivo Nacional no tenía competencia para contraer el préstamo con el FMI; 2) no existía delegación legislativa vigente para que el Poder Ejecutivo pueda suscribir el acuerdo stand-by; 3) el monto del acuerdo stand-by excedió ampliamente las bases contenidas en la Ley de Presupuesto de 2018; 4) la carta de intención no fue respaldada por un acto administrativo previo que facultara a los firmantes para concretarla; 5) la carta de intención fue firmada con anterioridad a la formación de las actuaciones administrativas correspondientes; 6) no se emitieron los dictámenes obligatorios previos a la toma de la presente decisión; 7) no hubo intervención previa del órgano coordinador de los sistemas de administración financiera, es decir, del Jefe de Gabinete de Ministros; y 8) no se cumplió con la traducción obligatoria al idioma nacional de diversas piezas nodales en los expedientes administrativos correspondientes.

En primer lugar, es posible puntualizar que el Poder Ejecutivo Nacional no tenía competencia para contraer el préstamo con el FMI. Tal como ya se abordó en otros apartados de este artículo, quien tiene la competencia para autorizar las operaciones de crédito público como también para arreglar las condiciones de su pago es el Congreso de la Nación.

No hay impedimento constitucional a que pueda concretarse una delegación legislativa. Dicho en otras palabras, el artículo 76 de la carta magna permitiría que, mediante la Ley de Presupuesto nacional –es decir, un acto legislativo sobre la base del plan de gobierno elevado por el PEN–, se pueda producir dicha autorización.

De hecho, y en uso de esta prerrogativa constitucional, el artículo 60 de la Ley de Administración Financiera habilitaba a las entidades de la Administración nacional a contraer toda operación de crédito público con los organismos financieros internacionales de los que la nación forma parte.

No obstante, la OA ha dicho que esta típica delegación de facultades legislativas habría caducado en el año 2010 por las siguientes razones: 1) la disposición transitoria Octava que acompañó a la nueva Constitución determinó que

la legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley (corresponde al art.76);

y 2) este plazo de caducidad fue prorrogado por diferentes leyes, hasta que la Ley N° 26519 estableció una última prórroga que nunca fue renovada posteriormente.

En tal orden, este órgano de la Administración centralizada aseveró que, a partir de que la Ley de Administración Financiera fue promulgada en el año 1992 –con anterioridad a la reforma constitucional de 1994–, la delegación contenida en la última parte del artículo 60 de la Ley N° 24156 caducó en el año 2010.

Por fuera de este punto, resultará conducente también acudir a lo dicho por nuestro Supremo Tribunal en el antecedente ‘Colegio Público de Abogados’.¹⁹ Allí se sostuvo que la Constitución Nacional determina una serie de requisitos a respetar en lo atinente a una delegación legislativa. En particular, toda autorización de este carácter deberá mantenerse dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

En estos términos, la Ley N° 27431 autorizó a la Administración centralizada a obtener préstamos por US\$ 4.846.000.000.²⁰ Tal como se puede constatar en las cifras requeridas al FMI, el empréstito

19 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN PEN Ley 25414 Dto. 1204/01 s/amparo. Fallos 331:2406.

20 Esta cifra resulta de un cálculo realizado por la Oficina Anticorrupción, el cual tomó como base los \$87.235.009.280 pesos en torno a los \$18 pesos que existía como cotización del dólar a la fecha del 27 de diciembre de 2017. Cabe decir que se tomó esta fecha ya que fue la fecha de aprobación del presupuesto.

contraído fue superior en más de diez veces a lo aquí autorizado. Dicho en otros términos, el resultado de la presente gestión excedió ampliamente las bases contenidas en la Ley de Presupuesto de 2018.

En segundo lugar, es mediante el dictado de un acto administrativo cómo se manifiesta legalmente el sector público nacional para un caso concreto. Este puede ser definido como una declaración unilateral estatal, en ejercicio de funciones administrativas, de alcance particular y que produce efectos jurídicos directos e inmediatos sobre terceros.

Por tal motivo, aquí se comparte la postura que entiende que la decisión unilateral del ex ministro de Hacienda y del ex titular del BCRA de enviar una carta al FMI para contraer un crédito de estas características se constituyó como una “vía de hecho administrativa”,²¹ debido a que esta decisión no fue respaldada por un acto administrativo previo que facultara a los firmantes para concretarla.

Además, este hecho ha infringido la Resolución N° 108/2009 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas que aprobó el Circuito de Gestión Administrativa para la Aprobación y Suscripción de Convenios o Contratos de Préstamo con Organismos Internacionales de Crédito. Como paso previo a la suscripción del convenio correspondiente, se fijó como etapa el trámite de aprobación de un decreto a dictarse por el Poder Ejecutivo Nacional.

En términos concomitantes, Juan Bautista Justo ha dicho que, en un Estado de derecho, toda formalización de decisiones administrativas como instancia previa a su ejecución “es un recaudo elemental de validez del ejercicio del poder público, que ha sido gestado trabajosamente a lo largo de varios siglos para evitar los desvíos de los gobernantes” (Justo, 2020-2021: 597).

En tercer lugar, la carta de intención fue firmada con anterioridad a la formación de las actuaciones administrativas correspondientes. Tal es así que dirá la SIGEN que el expediente “EX-2018-29772791-APN-DGD” del Ministerio de Hacienda fue generado con fecha el 21 de junio de 2018, y el “EX2018-00154908-GDEBCRA-GG” del BCRA fue iniciado el 14 de junio de dicho año. Cabe aclarar que la carta de intención fue firmada el 12 de junio de 2018.

Desde tal orden de ideas, la SIGEN manifestó que los compromisos asumidos ante este organismo multilateral de crédito fueron contraídos sin que existiera la previa intervención de los órganos con competencia en la materia, ni tampoco con la información económica, financiera y jurídica para su celebración. Por tal motivo, este organismo de control entendió que, si bien estamos hablando de una decisión de política económica, ello no obsta a que esta esté sujeta al cumplimiento previo de procedimientos e intervenciones de órganos competentes a los fines de considerar su legalidad, razonabilidad y conveniencia.

En cuarto lugar, resulta pertinente señalar la inexistencia de los dictámenes obligatorios previos a la toma de la presente decisión. En particular, me refiero al dictamen jurídico previo estipulado en el

²¹ Este puede ser definido como el comportamiento material ilegítimo estatal que desconoce derechos o garantías constitucionales.

artículo 7, inciso d) de la Ley N° 19549, como también a la opinión técnica del BCRA reglado en el artículo 61 de la Ley N° 24156.

El artículo 7 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LPA) sostiene que

antes de su emisión, deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considerase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.

La SIGEN señaló que el dictamen del Ministerio de Hacienda fue posterior a la suscripción de la carta de intención, y que el dictamen del BCRA no se expidió sobre la cuestión de fondo.

En este orden de ideas, la Resolución N° 108/2009 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas tuvo como eje la regulación de las tramitaciones previas y los procedimientos administrativos que concluyen con la suscripción de los convenios o contratos de préstamo y la necesidad de agilizar el proceso en general.

Lo realizado por los representantes del sector público nacional en este asunto ha contrariado lo prescripto por este cuerpo normativo, debido a que debían haber existido dictámenes tanto del ministro de Economía como también de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación Argentina.

El ministro debió haber opinado sobre el cumplimiento de las actividades de preinversión del programa o proyecto a los que alude el artículo 48 de la Ley N° 11672, y el jefe de Gabinete respecto de la presentación de la solicitud de financiamiento ante el FMI en coincidencia con lo establecido por el artículo 48, primer párrafo de la Ley N° 11672, el Decreto N° 434/97 y la Decisión Administrativa N° 210/97.

Por su parte, el artículo 61 de la Ley de Administración Financiera señala también que deberá emitir opinión el Banco Central de la República Argentina sobre el impacto de la operación en la balanza de pagos en los casos en que las operaciones de crédito público originen la constitución de deuda pública externa antes de formalizarse el acto respectivo y cualquiera sea el ente del sector público emisor o contratante.

Por fuera de lo dicho anteriormente, es necesario puntualizar que el Decreto N° 1486/2011 prescribe como responsabilidad primaria de la Dirección Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales de la Procuración del Tesoro de la Nación la elaboración de opiniones legales que deban emitirse en las operaciones de crédito público externo en donde intervengan organismos multilaterales de crédito. Dicho en otras palabras, el dictamen de esta repartición estatal tampoco estuvo presente, por lo que existe otra inconsistencia en el obrar del Estado nacional.

En quinto lugar, es posible manifestar también el incumplimiento respecto a la intervención previa del órgano coordinador de los sistemas de administración financiera, es decir del jefe de Gabinete de

Ministros. Tan es así que el artículo 59 de la Ley N° 24156, como también la reglamentación fijada por el Decreto N° 1344/2007, establecen que ninguna entidad del sector público nacional podrá iniciar trámites para realizar operaciones de crédito público sin su autorización previa.

En sexto lugar, existió una violación sobre la traducción obligatoria al idioma nacional de diversas piezas nodales en los expedientes administrativos correspondientes. En ese sentido, el artículo 6 de la Ley N° 20305 determina que todo documento presentado en idioma extranjero ante cualquier repartición estatal argentina debe ser acompañado de la respectiva traducción al idioma nacional, la cual debe estar suscripta por traductor público matriculado en la jurisdicción donde se presente el documento.

Ha dicho la SIGEN que, tanto en los expedientes del ex Ministerio de Hacienda como en los del BCRA, obran muchos documentos en inglés sin traducción, y otros se encuentran traducidos en forma libre. No hay ninguna duda de que este incumplimiento normativo implica una violación al principio convencional y constitucional de la publicidad de los actos de gobierno. En pocas palabras, esto representó una dificultad para conocer y tener certezas sobre los requerimientos efectuados y los compromisos asumidos.

Luego del recorrido trazado, surgen algunos interrogantes: ¿es posible declarar la nulidad absoluta del endeudamiento con el FMI? ¿Tendría alguna implicancia en la realidad fijar una nulidad con efectos retroactivos? ¿Qué juez o tribunal tendría jurisdicción y competencia para determinar una nulidad de estas características? De ser así, ¿es factible el dictado de una inconventionalidad de oficio? ¿Es posible que exista alguna implicancia en la realidad luego de haber señalado la vulneración al convenio constitutivo del Fondo, a los pactos internacionales referidos y al ordenamiento jurídico argentino local? En suma, ¿la salida a este problema puede ser jurídica?

Cierre

Por fuera de que los programas con el Fondo nos han traído más problemas que soluciones a lo largo de nuestra historia (Brenta, 2020-2021: 322), el origen de la deuda contraída en 2018 condujo a innumerables incumplimientos normativos. No obstante, la primera impresión que aparece a quién redacta estas líneas es si estamos frente a un crimen perfecto cuya única solución es el pago de lo adeudado sin otro curso de acción posible.

En otros términos, ¿cuántas posibilidades hay de que el tiempo vuelva atrás? Probablemente nulas debido a que los 44.000 millones de dólares ya fueron otorgados y ejecutados presupuestariamente, como también porque no es posible demandar al FMI ante los tribunales argentinos.

Ahora, ¿por qué aparece como protagonista la imposibilidad cuando hablamos de este problema? ¿Por qué no son operativas las inconventionalidades, ilegalidades y transgresiones señaladas? ¿Por qué el discurso jurídico no provee una salida del laberinto sin que ello implique el sufrimiento de millones de compatriotas?

Una visión que parta de presupuestos epistemológicos no adecuados podría otorgar una respuesta que nos deje sabor a poco. Apelar exclusivamente a la mera normatividad no nos servirá de nada. Por ello, es vital asumir que un discurso ausente es el discurso que define el modo de constitución y el sentido del discurso del derecho, y que este discurso condicionante puede provenir del sistema económico como también del sistema político (Cárcova, 2009: 31).

Es justamente la falta de unidad semántica del discurso jurídico, es decir, su no continuidad como modo de constitución, la pieza del rompecabezas que nos falta en este entuerto. Pensar que no hay más alternativa que honrar los compromisos asumidos como país –independientemente de que haya que hacerlo– es el resultado de un proceso de formación, descomposición y recomposición en el cual intervienen otros discursos.

Si viéramos con exclusividad el relato concretado en el apartado anterior, cualquier lector o lectora podría preguntarse ¿cómo es que llegamos hasta aquí?. Si aceptamos lo contingente como incuestionable y permanente, el resultado solo serán graves limitaciones al diseño y ejecución de políticas públicas en beneficio de nuestros ciudadanos.

Por ello, es necesario desnaturalizar lo contingente a los fines de romper con el sentido común jurídico. Es indispensable asumir que no hay operación deductiva posible que descubra la verdad. En todo caso, lo que existe es una relación de fuerzas de los múltiples discursos en pugna (Marí, 1993: 289).

En lo que respecta al pago de la deuda externa al Fondo, debemos emanciparnos del yugo que implican los 44.000 millones de dólares que nos prestaron. Probablemente la solución sea cambiar un acreedor por otro. Por otro lado, es impostergable una discusión seria entre distintos/as operadores/as jurídicos/as que tenga como finalidad construir los mecanismos necesarios en el ámbito que a nosotros nos compete para que esto no vuelva a pasar. La Ley N° 27612 es un buen punto de partida, pero ese camino debe profundizarse.

En este sentido, quisiera rescatar la propuesta de modulación de los efectos de una declaración de nulidad del acuerdo con el Fondo Monetario Internacional. Tal como sucedió en el antecedente “Monges”,²² ello implicaría una declaración de nulidad del acuerdo sin efectos retroactivos, pero que contribuiría a evitar futuros perjuicios al pueblo argentino. Propuestas puede y debe haber muchas.

En suma, con este trabajo se buscó consturir apuntes que sirvan a los argentinos y las argentinas que quieran tomar cartas en el asunto. La historia del endeudamiento de nuestro país con el FMI está plagada de quebrantos para nuestra comunidad, por lo que tenemos la obligación de formular una salida antiformalista y creativa que nos permita defender los intereses nacionales.

Quiero ser claro en este cierre. El derecho no puede dar una respuesta acabada a las problemáticas aquí planteadas. Sin embargo, tampoco me quedan dudas de que el discurso jurídico tiene algo para decir, y que ello puede ser parte del problema o parte de la solución. En definitiva, depende de nosotros.

22 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Monges Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires U.B.A. s/resolución 2314/95. Fallos 319:3148.

Bibliografía

- Ascárate, A. (2020). Empréstitos públicos y reestructuración de la deuda interna. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2020- E, 889-904.
- Bernal, A.; Martinelli, A. y Verbic, F. (2021). La nulidad del crédito de Argentina con el Fondo Monetario Internacional. *Revista Derechos en Acción*, 19, 284-315.
- Brenta, N. (2020-2021). Argentina y el FMI: un enfoque histórico de las condicionalidades y su incidencia en los derechos humanos económicos y sociales, 1956-2020. *Revista Derechos en Acción*, 18, 311-345.
- (2013). *Historia de las relaciones entre Argentina y el FMI*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba.
- Cárcova, C. (2009). Notas acerca de la teoría crítica del derecho. En C. Courtis (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Corti, H. (2011). *Derecho constitucional presupuestario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Di Giovan Battista, I. (1990). Acuerdos entre el Gobierno argentino y el Fondo Monetario Internacional (aspectos jurídicos). *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1990-C.
- Justo, J. B. (2020-2021). El acuerdo entre el FMI y Argentina en 2018. Control de Convencionalidad. *Revista Derechos en Acción*, 18, 594-626.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Patricio Ferreira Lima, K. y Marsh, C. (2022). Acuerdo stand-by del FMI con Argentina en 2018: ¿Un acto ultra vires? *SSRN*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4008220>.
- Piaggio, L. (2009). *Naturaleza jurídica del empréstito público e incidencias en su régimen de ejecución*. Buenos Aires: Rap.
- Pravato, L. (2021). Breves notas sobre la deuda pública externa y la Ley 27.612, denominada de Fortalecimiento de la Sostenibilidad de la Deuda Pública. *Anales de Legislación Argentina.*, 2021-7, 14.
- Marí, E. (1993). *Papeles de filosofía*. Buenos Aires: Biblos.
- Werner, A. y Kanenguiser, M. (2023). *La Argentina en el Fondo. La intimidad de la lucha con el FMI. 2013-2023*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Edhasa.

Perspectiva de género en el ámbito del derecho administrativo



Walter Lara Correa

Introducción

La problemática de la violencia de género constituye un elemento que exige nuestro mayor compromiso para ser abordado a fin de alcanzar soluciones integrales, debido a que vulnera a los grupos eternamente desaventajados.

El compromiso social aludido también atraviesa la órbita pública y, en el caso particular del Poder Judicial, existe una creciente tendencia por parte de los magistrados y magistradas a reconocer, abordar y solucionar esta problemática social.

Ahora bien, en el marco del derecho administrativo, ¿resulta necesario un cambio legislativo para que se aplique la perspectiva de género por la magistratura? ¿Entonces, resulta aplicable la perspectiva de género en las causas contenciosas administrativas? ¿Existirían conflictos derivados frente al desconocimiento de la perspectiva de género?

Perspectiva de género

Previo a despejar las cuestiones planteadas, debemos definir a la perspectiva de género como

el enfoque teórico de análisis que facilita repensar las construcciones sociales y culturales de la distribución del poder entre mujeres y hombres y que afectan de manera directa e indirecta las formas de relacionarse de las personas en todos los ámbitos, que han derivado en discriminación, falta de equidad, poco acceso a oportunidades y al desarrollo, así como poco conocimiento de sus derechos (IIDH, 2008: 11).

En otros términos, se ha entendido al género

[c]omo los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos. Es un producto ideológico y cultural aunque también se reproduce en el ámbito de las prácticas físicas; a su vez, influye en los resultados de tales prácticas. Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, la adopción de decisiones y el poder político, y el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. Pese a las variantes que existen según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda. Así pues, el género produce estratos sociales y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las personas según su género y la estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos (UN, 1999: 8).

En este orden de ideas, la perspectiva de género es una herramienta para analizar los problemas que involucran a varones y mujeres, incluidos los de tipo jurídico, identificando los factores sociales y culturales que establecen diferencias entre personas de distintos sexos justificando la desigualdad, la cual “[r]econoce la diversidad de géneros y la existencia de las mujeres y los hombres, como un principio esencial en la construcción de una humanidad diversa y democrática” e implica “una mirada ética del desarrollo y la democracia como contenidos de vida para enfrentar la inequidad, la desigualdad y los oprobios de género prevalecientes”, con la finalidad de “lograr un orden igualitario, equitativo y justo de géneros” (Lagarde, 1996).

Ahora bien, los procesos culturales, que marcan las construcciones sociales, comienzan a destituir la rigidez de la clasificación masculino/femenino para abrir procesos interpretativos de estos atributos culturales (Halperin y Acha, 2000: 16), de forma tal que la división histórica comience a ser replanteada, y se enfoque el estudio desde una óptica contemplativa de derechos.

Es que se trata de una construcción simbólica y cultural que desborda a lo meramente biológico y alude al conjunto de atributos y valoraciones asignadas social y culturalmente a las personas a partir del sexo. De este modo, el género comprende, entre otros aspectos, las actividades y las creaciones del sujeto, el hacer del sujeto en el mundo, la intelectualidad y la afectividad, los lenguajes, las concepciones, los valores, el imaginario y las fantasías, el deseo del sujeto, la subjetividad del sujeto, etcétera (Dio Bleichmar, 1994).

Motivo por el cual, concluimos que

[e]l género es una característica social, resultado de la asignación de roles diferentes a los hombres y a las mujeres. Las normas y valores de cada sociedad definen para hombres y mujeres los comportamientos adecuados, las esferas de actividad, el acceso a infraestructuras y servicios, incluidos los relacionados con la educación y la salud, al poder personal, social y político (Lamas, 1998: 191).

La relación entre la perspectiva de género y la normativa administrativa

Sentado lo anterior, haremos un recuento de la evolución de la normativa de la perspectiva de género y los derechos humanos en el derecho local e internacional.

En el plano del derecho público internacional, diversos instrumentos internacionales han receptado la perspectiva de género, así como también variadas conferencias.

Así pues, el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas ya reafirmaba la fe en los derechos fundamentales del hombre en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

En esta tesitura, la Organización de las Naciones Unidas, en 1979, adoptó en su seno la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, que fue un hito en lo relacionado con la lucha sobre todas las formas de discriminación en contra de las mujeres, toda vez que persigue erradicar la violencia contra la mujer en la vida pública y privada, eliminar todas las formas de acoso sexual, la explotación y la trata de mujeres, eliminar los prejuicios sexistas en la administración de la justicia y erradicar cualesquiera conflictos que puedan surgir entre los derechos de la mujer y las consecuencias perjudiciales de ciertas prácticas tradicionales o costumbres, de prejuicios culturales y del extremismo religioso, instando enfáticamente a los Estados a que combatan la violencia contra la mujer requiriéndoles, además, una respuesta especialmente eficaz ante tal problemática.

Paralelamente, en el marco americano, los Estados parte adoptaron la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Belém do Pará, de 1994, formalizando la definición de la violencia contra las mujeres como una violación de sus derechos humanos. En lo vinculado a su importancia, la Convención prescribe por primera vez el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres, en la lucha para eliminar la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica, tanto en el ámbito público como en el privado.

Luego, los Estados iberoamericanos adoptaron las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad (2008). Dichas reglas conforman un total de 100 normas cuya finalidad es la de garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas de los sistemas judiciales iberoamericanos y que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

Dicho marco normativo se complementa con la Convención De Viena (1993); la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995);¹ el Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1999), entre otros.

En el plexo legal local, con la reforma constitucional de 1994, los convencionales constituyentes sancionaron dos grandes cambios, que tuvieron un efecto positivo en la perspectiva de género, ellos fueron la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos y las acciones positivas (v. art. 75, incs. 22 y 23 de la CN).

Como consecuencia de ello, por un lado, se ampliaron los derechos y garantías de los ciudadanos y, por otra parte, el convencional constituye instruyó una manda específica al Órgano Legislativo a fin de que instrumente acciones positivas respecto de los grupos eternamente desventajados.

Ello así, el Poder Legislativo Nacional sancionó leyes con el objetivo de brindar a las personas un marco jurídico a fin de robustecer sus derechos.²

No obstante ello, en la órbita del derecho administrativo, a primera vista, no se receptaron dichos estándares en materia de derechos humanos. Es que la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (N°19549)³

1 Es importante remarcar que la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, adoptada por los gobiernos en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de 1995, establece los compromisos de los gobiernos para aumentar los derechos de las mujeres. Los Estados miembros reafirmaron y reforzaron la plataforma en el año 2000 durante la revisión de progreso a cinco años de la Conferencia de Beijing y prometieron acelerar la aplicación de esos instrumentos durante la revisión de los diez años en 2005, la revisión de los 15 años en 2010, la revisión de los 20 años en 2015, y la revisión de los 25 años en 2020.

2 Ley N° 24012 de Cupo Femenino (1991); Ley N° 24417 de Protección Contra la Violencia Familiar (1994); Ley N° Título I Artículos 2° y 3° - Reforma Laboral: Estimulo al empleo estable: incorporación de dos incentivos para el empleo de mujeres (2002); Ley N° 25674 Participación Femenina en Asociaciones Sindicales (2002); Ley N° 25929 Derechos en Relación con el Embarazo, el Trabajo de Parto, el Parto y el Posparto (2004); Ley N° 26061 de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes (2005); Ley N° 26364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas (2008); Ley N° 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (2009); Ley N° 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. Promueve el tratamiento igualitario y no estereotipado e los medios, evitando la discriminación por razón de género y orientación sexual (2009); Ley N° 26734 de Identidad de Género (2012); Ley N° 26842 Complementa la ley sobre prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas (2012); Ley N° 27210 de Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género en el Ámbito de la Secretaría de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2015); Ley N° 27234 de Implementación en Establecimientos Educativos del País de la Jornada Educar en Igualdad: Prevención y Erradicación de la Violencia de Género (2016); Ley N° 27412 de Paridad de Género y Representación Política (2017); Ley N° 27452 Ley Brisa - Régimen de reparación económica para hijas e hijos víctimas de violencia de género (2018); Ley N° 27499 Ley Micaela - Capacitación obligatoria de género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado en temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación (2018); Ley N° 27501 Modificación Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales incluyendo el acoso callejero con violencia a la mujer (2019); Ley N° 27533 Modificación Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (2019); y Ley N° 27610 regula el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (2021), entre otras.

3 O bien, como sostienen prestigiosos autores, Decreto-Ley N° 19549. Ver al respecto Gordillo, A. y Campolieti, F. (2013). ¿Ley 19.549 o Decreto Ley 19.549/72? Un Debate epistolar y generacional. En M. A. B. dos Santos (dir.), *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*: Tomo 7. *El derecho administrativo en la práctica*. Buenos Aires, FDA, Sección 1, Tomo II.

data del año 1972, dictada durante la dirigencia de un gobierno de facto que cercenó y vulneró sistemáticamente los derechos humanos.

La transversalidad de la perspectiva de género y el derecho administrativo

Más allá de que la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo fuera dictada en 1972, las decisiones de los órganos estatales deben basarse en la integración de una perspectiva de transversalidad de género o “*gender mainstreaming*” –concepto elaborado en la Conferencia de la Mujer en Beijing de 1995–, a fin de corregir las desigualdades estructurales (Basterra, 2019: 21-23).

En este orden de ideas, se ha expuesto en nuestros tribunales que

al valorar elementos probatorios [...] debe ponderar[se] los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género.⁴

Este enfoque, también ha sido sostenido por el Alto Tribunal, al afirmar que

la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas así como la obligación del estado de realizar acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación y, en su caso, sancionarla, según se sigue de las consideraciones que anteceden, deben reflejarse en dos aspectos: la legislación, por un lado, y la interpretación que de esta hagan los tribunales, por el otro.⁵

Mientras que en el fuero contencioso administrativo federal existe prolífera jurisprudencia en torno a la perspectiva de género, que ha modificado el panorama y, en consecuencia, ha hecho que las soluciones de los casos tengan en cuenta dicha perspectiva al momento de decidir.

Por ejemplo, se han examinado casos de juntas de calificaciones que han aplicado la perspectiva de género, intentando luego el actor impugnar la calificación de “inepto para las funciones de su grado” toda vez que había sido denunciado por violencia de género.⁶

4 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, causa “F Y Q. C/ G. C. M. P/ abuso sexual agravado p/ recurso ext. de casación”, del 04/10/18, voto del juez Mario D. Adaro.

5 conf. CSJN, *in re*: “Varela, José Gilberto c/ Disco S.A s/ Amparo sindical”, del 04/12/2018, *Fallos*: 341:1106.

6 “O. R. C. c/ EN-Mº Justicia-GN y otros s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg” (2014) SALA II.

Con relación a la responsabilidad extracontractual patrimonial por falta de servicio, la Cámara Contenciosa Administrativa Federal ha condenado al Estado nacional a pagar un resarcimiento económico a los hijos de una mujer que fue víctima de un femicidio por parte de su ex pareja, al no cuidarla al momento de la extracción de sus pertenencias del ex domicilio conyugal.⁷⁸

Asimismo, la mentada cámara resolvió condenar al Estado nacional y a las empresas concesionarias a pagar un resarcimiento a dos mujeres que fueron víctimas de una violación en los terrenos del ferrocarril Sarmiento. Allí, luego de un profundo estudio del contrato de concesión, consideró que la falta de alumbramiento y seguridad en el predio donde ocurrió el hecho delictivo fue una causal directa del padecimiento sufrido por las actoras.⁹

En lo que se refiere al *mobbing*, la Cámara Contenciosa también aplicó el enfoque de género.¹⁰¹¹¹² Mientras que, en los casos de personas gestantes la jurisprudencia del Alto Tribunal ha sido pacífica al subrayar que, durante la etapa de embarazo y lactancia, la persona gestante no puede ser cesada o desvinculada de la relación de empleo público, más allá de que si el régimen es de estabilidad o transitorio.¹³¹⁴¹⁵¹⁶

Ulteriormente, en materia migratoria, la Cámara Nacional en lo Contencioso y Administrativo Federal en materia migratoria también aplicó la perspectiva de género, al denegar la aplicación del instituto de reunificación familiar a migrantes que habían cometido actos de violencia física, psíquica y/o sexual en relación con relaciones intrafamiliares.¹⁷¹⁸

En función de todo lo expuesto, inteligimos que la perspectiva de género posee plena operatividad y debe aplicarse a las relaciones de la Administración y los administrados a fin de salvaguardar los derechos humanos y, dada su transversalidad, no puede ser desconocida por los operadores jurídicos. Máxime, cuando la violación de los instrumentos internacionales genera responsabilidad en sede internacional (*Fallos*: 315:1492).

7 “A., R.H. y Otra c/ E.N. M Seguridad – P.F.A. y Otros s/ daños y perjuicios” (2017) SALA II.

8 “L. L. A.Y OTROS C/ EN-PNA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (2012) SALA IV.

9 “C. C. y otro c/ EN- Mº Economía- Secretaría de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” (2020) SALA I.

10 “Nievas, Eduardo Saturnino c/ E.N. - Mº Seguridad – GN s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.” (2021) SALA II.

11 “Jarque Gabriel Dario c/ EN – M Público de la Defensa y otro s/ Proceso de Conocimiento” (2022) SALA II.

12 “C M L -RESERVADA- c/ DEFENSOR DELPUEBLO DE LA NACION s/EMPLEO PUBLICO” (2014) SALA III.

13 “R.W., N.V. c/ EN –Mº Defensa –Armada s/ empleo público” (2020) SALA I.

14 “B, S. M. C/E.N. - DNM S/EMPLEO PÚBLICO” (2017) SALA II.

15 “DIAZ SANTIAGO, ARACELI c/ EN – BIBLIOTECA NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986” (2019) SALA I.

16 “L., H. V. c/ EN s/ empleo público” (2021) SALA I.

17 “E. B., M. A. c/ EN-M INTERIOR-DNM s/RECURSO DIRECTO DNM” (2018) SALA I; “Jiménez Pereira, Fulgencio c/ EN - DNM s/ Recurso Directo DNM” (2020) SALA III; “Julca Milla, Roberto Carlos c/ EN - DNM s/ Recurso Directo DNM” (2021) SALA III; “Rojas Cuestas, Rogger Godofredo c/ EN - M. Interior, OP y V - DNM s/ Recurso Directo DNM” (2021) SALA III; “Yampa Espinoza, Carlos Alberto c/ EN - M. Interior, OP y V - DNM s/ Recurso Directo DNM” (2021) SALA III; “Romani Medina, Jorginho Aldair c/ EN - M. Interior, OP y V - DNM s/ Recurso Directo DNM” (2021) SALA III; “Huaytalla Mendoza, Luis c/ EN - M. Interior, OP y V - DNM s/ Recurso Directo DNM” (2021) SALA III; “C. R. P. c/ EN - M. Interior, OP y V - DNM s/ Recurso Directo DNM” (2022) SALA III; “H. J. C. Y TRO C/ EN – Mº INTERIOR RSL 341/11 – DNM DISP 24407/08 8218247/03) S/ RECURSO DIRECTO PARA JUZGADOS” (2015) SALA IV; “J. P., F. c/ EN – DNM s/ Recurso Directo DNM” (2020) SALA IV.

18 “Hatamleh, Ahmad Mahmoud Fayyad c/ EN-M. Interior OP y V-DNM s/ Recurso directo DNM” (2018) SALA II.

De esta forma, la perspectiva de género invoca un estándar, que los operadores deben armonizar con el derecho administrativo al momento de resolver.

Refuerza lo anterior el dictado de la Ley Micaela N° 27499, que constriñe a todas las empleadas y empleados de las carteras ejecutivas, legislativas y judiciales en capacitarse en “temas de género”. Con lo cual, se espera la aplicación de este enfoque en las controversias entre las administradas y los administrados y la Administración.

Esta visión debe ser realizada casi de forma intuitiva por los empleadas/os y/o funcionarias/os al momento de solucionar o resolver las cuestiones traídas a su conocimiento, ya que

un análisis con perspectiva de género requiere que se parta de que toda acción humana impacta a hombres y a mujeres de manera particular por la forma como se construyen los géneros y que, por ende, este tipo de análisis debe hacerse al estudiar cualquier fenómeno o grupo social, aunque en él no haya mujeres (Facio Montejó, 2011: 89).

Para ello, destacamos que

[L]a teoría del género, tan desarrollada en nuestro tiempo, nos ha enseñado que no se puede comprender ningún fenómeno social si no se lo analiza desde la perspectiva de género y que ésta generalmente implica reconceptualizar aquello que se está analizando. Así para hablar del derecho desde la perspectiva de género, habría que reconceptualizar lo que entendemos por derecho. Esta reconceptualización tendría que ser de forma tal que nos permitiera ver los efectos de las diferentes manifestaciones del género en su definición (Facio Montejó, 2011: 85).

El estudio y resolución de un conflicto suscitado entre un particular y el Estado en sus diferentes facetas implica la utilización de todas las herramientas de análisis, no solo doctrinarias y jurisprudenciales, sino también los principios rectores de derechos humanos, entre los cuales se encuentra el enfoque de género.

Siendo, entonces, una herramienta que protege y garantiza los derechos, su utilización debe ser eficiente y eficaz. A fin de lograr lo propuesto, Battola (2022: 132) sostiene que es conveniente que los intervinientes reconozcan las cuestiones de género inmersas en las relaciones conflictivas que se proponen abordar, tomando en consideración las relaciones sociales y los supuestos de género inmersos en ellas. Abordar un conflicto de este calibre partiendo de la perspectiva de género “requiere partir de la concepción de un enfoque global, que asume que estamos ante un problema social y no individual exclusivo de las personas implicadas” (López, 2020: 273).

Así las cosas, la visión de género resulta contemplativa de la integralidad de sujetos vinculados a la trama que es puesta a consideración tanto en sede administrativa, como en sede judicial, ello así, implica la maximización de los esfuerzos en “reconocer que el orden sexual en el que vivimos es el producto de una construcción social y cultural” (Battola, 2022: 135). En palabras de Maffía, se busca visibilizar estereotipos y despertar conciencia acerca de las distintas formas de discriminación (Maffía, 2010).

Conclusión

A esta altura despejamos la tesis planteada y, por consiguiente, señalamos la perspectiva de género que en el ámbito del derecho administrativo debe aplicarse.

Ello, por cuanto la mencionada transversalidad de la perspectiva de género incorpora como estrategia

[l]a igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos humanos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz.¹⁹

Esta transversalidad, se logra a través de la utilización del enfoque de género, en palabras de Rees es

la transversalidad de género en el Estado, que apunta a la promoción de la equidad a través de la integración sistemática de un enfoque de género y que la misma se evidencie en todos los sistemas y estructuras, políticas, procesos y procedimientos (Rees, 2005).

La transversalidad en su aplicación garantiza la igualdad material y la no discriminación, principios constitucionales y convencionales, aplicable al derecho administrativo.

En definitiva, al seguir el sendero normativo consagrado constitucional y convencionalmente, “puede tener un impacto en la cultura organizacional instalada al interior de las Administraciones públicas y, en especial, en las instituciones cuya función se moldeó, desde los albores de la historia de la humanidad, bajo paradigmas androcéntricos”.²⁰

19 Ver https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/CSW/BPA_S_Final_WEB.pdf

20 “Nievas, Eduardo Saturnino c/ E.N. – Mº Seguridad –GN s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.”.

Bibliografía

- Basterra, M. I. (2019). Desde las acciones positivas en razón del género al *gender mainstreaming*, veinticinco años después de la reforma constitucional. *Revista de Derecho Público*, 1, 21-23.
- Battola, K. E. (2022). *Procesos de diálogo y perspectiva de género*. Córdoba: Alveroni.
- Dio Bleichmar, E. (1994). *El feminismo espontáneo de la histeria. Estudio de los trastornos narcisistas de la feminidad*. México: Fontamara.
- Facio Montejó, A. (2011). Viena 1993, cuando las mujeres nos hicimos humanas. En M. Lagarde y A. Valcárcel (coords.), *Feminismo, género e igualdad. Revista Pensamiento Iberoamericano*, 9, 1ª parte - cap. 3.
- Halperin, P. y Acha, O. (2000). Historia de las mujeres e historia de género. En P. Halperin y O. Acha (comps.), *Cuerpos, géneros e identidades. Estudios de género en Argentina*. Buenos Aires: Ediciones del Signo.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008). *Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos*. Costa Rica: IIDH.
- Lagarde, M. (1996). El género. La perspectiva de género. En *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia* (pp. 13-38). Madrid: Horas y Horas.
- Lamas, M. (1998). La violencia del sexismo. En A. Sánchez Vázquez (ed.), *El mundo de la violencia*. México: Facultad de Filosofía y Letras. UNAM - Fondo de Cultura Económica.
- López, S. L. (2020). El contexto de la violencia de género y las causas de justificación. Análisis de la legítima defensa desde una perspectiva de género. En N. Lamberghini (coord.), *Discusiones actuales de derecho penal*. Córdoba: Alveroni.
- Maffía, D. (septiembre de 2010). *Violencia, justicia y lenguaje* (ponencia). Segundas Jornadas Nacionales de Atención a la Víctima. Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo del Ministerio Público Fiscal de la CABA.
- Naciones Unidas (1999). *Estudio mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo. Globalización, género y trabajo*. Nueva York: NU. Recuperado de <https://www.unwomen.org/es/digital-library/world-survey-on-the-role-of-women-in-development>
- Rees, T. (2005). Reflections on the uneven development of gender mainstreaming in Europe. *International Feminist Journal of Politics*, 7(4), 555-574. DOI: 10.1080/14616740500284532

La tensión del concepto de servicio público

Extraviado entre normas constitucionales



Lorena Letto

Introducción

Un término muy usado y con un alcance quizás indefinido es el concepto de servicio público.

Así, a la hora de pensar cuál es el alcance del concepto cuando catalogamos una actividad como servicio público, si primero no tenemos cierta noción de qué queremos decir con el concepto, difícilmente nos sirva decir que tal o cual actividad es servicio público sin saber en los hechos concretos a qué nos referimos con dicha catalogación. En este trabajo se pretende, en ese sentido, darle cierto contorno a este concepto.

La Constitución Nacional y su artículo 42

Al analizar el marco normativo donde se encuadra el concepto de servicio público, es necesario y determinante comenzar por nuestro texto más importante, esto es, conforme la reforma constitucional de 1994, la Constitución Nacional –principalmente el incorporado artículo 42– y los tratados internacionales de derechos humanos, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales.

Una de las reformas constitucionales efectuadas en 1994 es la incorporación de derechos de usuarios y consumidores en el artículo 42. Mertehikian sostiene que

producto de la reforma de 1994, contiene una suerte de mandamiento dirigido a todas las autoridades de cualquiera de los órdenes en que nuestra Nación se encuentra organizada y cualquiera sea también su lugar institucional en el reparto de competencias (legisladores, administradores y jueces), que los obliga a adoptar las acciones positivas necesarias para garantizar los derechos de los consumidores y usuarios en sus múltiples facetas (Mertehikian, 2013: 2).

Acota posteriormente que

dicho mandato resulta superador de la naturaleza del prestador, esto es, la protección constitucional se dirige al sujeto beneficiario –consumidor o usuario– independientemente de quien brinde la prestación de que se trate. Es así que a partir de la reforma constitucional ninguna razón es dable esgrimir para impedir que el ejercicio de las competencias de fiscalización y regulación, que el texto constitucional pone en cabeza de entidades específicamente creadas, tenga también como destinatarias a las organizaciones empresariales de propiedad del sector público o privadas, cuyo cometido sea la prestación de un servicio público o el desarrollo de una actividad de interés general (Mertehikian, 2013: 2).

Como bien sostiene González Moras,

las normas finalmente adoptadas, cuyo eje es el art. 42 de la Constitución nacional (arts. 41, 42, 43 y 75, inc. 22), en lo que hace puntualmente a la regulación de los derechos y garantías vinculados con el servicio público, no vinieron a replicar el esquema conceptual que inspiró a la ley de “reforma” del Estado 23.696 (González Moras, 2017: 296),

eludiendo el principio de subsidiariedad allí expuesto y permitiendo, entonces, que los servicios sean prestados por el Estado.

La Ley N° 23696, a la que hace referencia el autor, establece el paradigma de un Estado que se retira de la prestación del servicio público, pero es para comenzar a regular el mismo por medio de entes creados a tal fin. Mas luego, conforme reforma de 1994, este retiro no es ni obligatorio ni necesario para la existencia de un servicio público. Así, el considerando 14 del fallo NSS (CSJN, 2014), sostiene que

al respecto no puede dejar de considerarse que la Constitución Nacional, con el objeto de la protección de los derechos de consumidores y usuarios, impone a las autoridades el deber de proveer a “la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

y dispone que la legislación establecerá “los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control” (art. 42). Como se observa,

en modo alguno el texto constitucional determina que resulte una característica esencial de los servicios públicos que éstos deban ser prestados por entes estatales ni en condiciones monopólicas. *El constituyente de 1994 ha contemplado los servicios públicos poniendo el acento en el interés y en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, tal como resulta de manera elocuente, por lo demás, del primer párrafo del citado art. 42; y ha dejado librado al criterio del legislador –siempre que se asegure la calidad y eficiencia del servicio bajo un marco regulatorio adecuado y con organismos de control pertinentes– determinar la naturaleza de la persona o personas –estatal, pública, mixta o privada– que tendrán a su cargo la prestación del servicio y las condiciones bajo las cuales se la llevará a cabo* (CSJN: “NSS S.A. c/ GCBA s/ proceso de conocimiento, el resaltado es propio).

Se puede decir, entonces, que el artículo 42 cataloga como derechos constitucionales a los derechos de los usuarios, con los alcances del texto referido.

La irrupción del artículo 42 en la Constitución Nacional permite concluir que, en tanto status constitucional, los derechos de los usuarios deben armonizarse con los derechos de propiedad, y los otros previamente garantizados. Entonces, no podrá, bajo pretexto de defender el derecho a la propiedad, menoscabar el derecho de los usuarios.

En síntesis, la constitucionalización de los derechos de los usuarios de los servicios públicos permite equiparar sus derechos –y la obligación de balancearlos– con los demás derechos constitucionales.

González Moras entiende que “El art. 42 de la Constitución nacional proyecta al usuario como nuevo “sujeto” de derechos constitucionales [...] [transformando al Estado] en “deudor” del servicio público y, específicamente, de los derechos y garantías que se acuerdan al usuario en la relación de consumo” (González Moras, 2017: 292). En suma, prosigue el autor, que “los derechos y garantías consagrados en el art. 42 de la Constitución nacional, se erigen en un ejemplo de especificación de derechos a favor de un sujeto al que se le confiere un inédito estatus constitucional: los usuarios” (González Moras, 2017: 297).

Entonces, como primera aproximación a la definición podemos concluir que la constitucionalización del sujeto usuario permite entender que asiste a este colectivo el derecho a la existencia de los servicios públicos para su efectivo uso. Regulándose estos con normativas emanadas del poder legislativo que fijan las pautas de funcionamiento, las que luego servirán para determinar si el servicio se presta adecuadamente o no.

Monopolios naturales

Ahora bien, el artículo 42 tiene otro aporte esencial al tema, que es la obligación de controlar los monopolios naturales. Al respecto, y a modo de resumen, la “situación clásica de monopolio natural surge cuando por razones de eficiencia técnica es aconsejable limitar el número de productores en un mercado” (Rodríguez Romero, 1993: 20). Entonces, el monopolio natural se configura en ciertos casos, muchas veces vinculados a los servicios públicos, cuyas prestaciones requieren una inversión de tal magnitud, con altos costos fijos, que desaconsejan diversificar el servicio en más de un prestador. Esto implica la concentración de la producción y/o la prestación del servicio a cargo de una única empresa en determinada zona geográfica establecida, ya que en términos económicos resulta más eficiente; de lo contrario, por ejemplo, la

duplicación del capital fijo que se derivaría de la existencia de más de una empresa en el mercado supondría, por lo tanto, un desperdicio de recursos, en el sentido de que cualquier situación de equilibrio obtenida con dos o más empresas podría lograrse con un menor coste con la existencia de una única empresa (Rodríguez Romero, 1993: 21).

Alé Yarad entiende que

Estas economías de escala se traducen finalmente en que, en la medida que exista una única empresa productiva operando en una zona geográfica determinada, dicha empresa tendrá costos económicos inferiores a los que tendría si además existiera otra firma operando simultáneamente¹ en esa misma zona (Alé Yarad, 1990: 167).

Finalizando:

En consecuencia, y dado que operar una única empresa en el mercado es más barato en términos económicos unitarios que hacerlo con dos o más empresas de la misma naturaleza –hecho provocado por la presencia de las economías de escala– la situación de equilibrio óptimo de largo plazo converge a la existencia de una única empresa.

¹ Si existiera más de una red de gas, o de agua y cloacas en un mismo edificio, el costo para cada una de las empresas sería igual de elevado, dividiéndose los usuarios entre las distintas empresas.

Por su parte,

Se llama monopolio natural a una situación particular en una rama de la producción que se caracteriza por una combinación específica de las funciones de costos y demanda, y que permite que un bien determinado sea producido por una única firma sin la existencia de trabas legales de ningún tipo para la libre entrada y la obtención de beneficios; lo que representa una situación coyuntural que puede desarticularse fácilmente por factores exógenos, en particular, por modificaciones en la demanda del producto (Accinelli y Tenorio, 2012: 103).

En suma, es un monopolio natural todo servicio que es más costoso si se presta en competencia que en monopolio. Es en estos casos donde parte de la doctrina entiende que corresponde –al no poder prestarse el servicio en competencia– extraer dicha actividad del mercado y someterla al máximo nivel de regulación económica, esto es, el servicio público. Ello, debido a la alta inversión inicial, no generándose al desmonopolizar un mayor beneficio ni para prestadores, ni para usuarios. Es entonces cuando, al existir un monopolio natural, el Estado regula para evitar que desde la posición dominante el proveedor del servicio establezca un margen irrazonable de ganancia en detrimento de los usuarios cautivos. Dicho de otra manera, regular el margen de ganancia de aquel que presta la actividad en monopolio; es decir, sin competencia.

Pero entonces, el monopolio natural, ¿es condición necesaria para una fuerte regulación del Estado o solo uno de los mandatos posibles para regular que establece el artículo 42?

Porque, justamente, los monopolios naturales se plasman –muchas veces– en actividades relacionadas con el ejercicio de derechos humanos relacionados con las condiciones de hábitat y vivienda (acceso al agua, electricidad y gas), del derecho al trabajo (por medio de un transporte accesible), entre otros.

Es entonces donde juega un lugar muy destacado el rol que, desde distintas perspectivas, debe tener el Estado. Así, Orlansky entiende que

a partir de la reforma constitucional de 1994, para la generalidad de las actividades económicas, la competencia, y, por tanto, la libertad de acción y el ‘mercado’, son imperativos de la mayor jerarquía legal, independientes de los sucesivos gobiernos y de la orientación política y económica que los inspiren. Solo cabría exceptuar contados casos de sectores excluidos total o parcialmente de la competencia por regulaciones verticales particulares para cada caso, que en la terminología del constituyente podrían denominarse “servicios públicos” (Orlansky, 2013: 6).

Es interesante la mirada de Barra, en tanto hace una clasificación, que nace de la libertad negocial, para luego ir hacia mayores regulaciones del Estado. Primero, al reglamentar las leyes, en tanto “aque-

lla regla tiene límites; la autorización de los límites está también en la Constitución: los derechos se ejercen de acuerdo a las leyes que lo reglamentan”. Así, el autor encuentra un primer nivel, la libertad negocial, donde el autor ve la regla.² Luego, en el segundo nivel, se encuentra “un límite de orden público, de aquello que el legislador quiere incorporar forzosamente en la relación jurídica” (Barra, 2005: 51). Es un límite negativo, que marca lo que no puede hacerse, tornando ineficaz el contrato suscripto incumpliendo estos mandatos.³ El tercer nivel sería cuando el Estado, en el afán de proteger un bien determinado, establece reglas a cumplir. Es lo que se suele denominar, según el autor, normas de policía. Esto es, protegiendo el interés público transformándolo en orden público, quitándole eficacia a cualquier norma que lo afecte. El cuarto nivel, siguiendo este listado de Barra, es aquel donde, si bien se respeta la libertad negocial, el Estado quiere orientar la conducta de los particulares hacia determinada finalidad, entonces los alienta. Es lo que solemos denominar fomento. Finalmente, en el quinto nivel, con la mayor restricción, “en el que el Estado también quiere la actividad, las relaciones jurídicas de los particulares, esté orientada en un determinado sentido. No son prohibiciones, sino mandatos, obligaciones de hacer tal cosa, de actuar de tal manera”. Es en estos casos en donde encontramos el servicio público, en tanto el Estado considera que es una actividad sometida al derecho público –independientemente de quién la preste–, y que busca efectuar prestaciones a los ciudadanos (Barra, 1982: 4).

Del otro lado, en países como Cuba, en donde el rol y la presencia del Estado en la economía es casi total, el porte estatal en materia de servicios públicos es muy alto, a tal punto que se perciben valores irrisorios⁴ por los transportes, que evidentemente no pretenden cubrir los costos del servicio en materia de salarios, combustibles, etc. Es allí donde Galindo Rodríguez y Antúnez Sánchez sostienen que

El servicio público constituye una de las formas de la actividad administrativa más discutidas y empleadas históricamente para solventar necesidades generales o colectivas. A pesar de mostrarse diferente, este tipo de actividad a lo largo de la historia ha permitido dar solución a determinados problemas y necesidades sociales que de otra forma no pudieran ser resueltos; permitiendo a la Administración Pública garantizar al menos un mínimo vital a los individuos, independientemente de quien sea el sujeto prestador de la actividad —gestión directa o indirecta—, llegando a trascender según criterios de autores entendidos en la materia, como el eje central del derecho público, considerándolo como “el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos” (Jèze, 1948) (Galindo Rodríguez y Antúnez Sánchez, 2013: 117).

En suma, en Cuba se entiende que el fuerte aporte del Estado en las tarifas es la garantía de acceso real al servicio público. Es lógica esta mirada, en tanto el Estado con su economía centralizada también garantiza –o busca garantizar– el resto de los derechos desde su gestión.

2 A modo de ejemplo, es cuando dos partes se reúnen y acuerdan libremente las cláusulas contractuales, tipo de servicio, modalidad de pago, etc.

3 Nivel en donde encontramos los contratos prohibidos por cláusulas contrarias al orden público.

4 Dos centavos de dólar el Transporte Urbano, por ejemplo. Fuente: <https://www.hicuba.com/guaguas.htm>

Ahora bien, si teníamos alguna duda de la necesidad del requisito de monopolio natural para catalogar a una actividad como servicio público, no basta más que remitirse al Decreto N° 690/20 (DNU),⁵ en donde se incorporan como servicios públicos en competencia a las TIC y a la telefonía móvil. Si bien el Decreto fue judicializado, no es obstáculo para entender que esta mirada de los servicios públicos es, al menos, opinable.

El aporte de la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos

Podemos entender que conforme la jerarquización constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos realizada en la reforma de 1994, una forma de materializar estos derechos es quitando del mercado a aquellas actividades que, libradas a la regulación entre privados, lejos estén de garantizar derechos básicos.

Ya en la reforma de 1957 de la Constitución Nacional se estableció como derecho constitucional el acceso a una vivienda digna. Dicho derecho es reforzado por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que sostiene en su apartado 1) que

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona *a un nivel de vida adecuado para sí y su familia*, incluso alimentación, vestido y *vivienda adecuados*, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento (el resaltado es propio).

Por su parte, el artículo XXXVI de la mencionada Declaración Americana establece: “Deber de pagar impuestos: Toda persona tiene el deber de pagar impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”. Si bien pareciera ser que en este caso el concepto servicio público es más abarcativo que el que nosotros entendemos y desarrollamos en el presente trabajo, la idea es que el Estado –al recibir esos impuestos– debe proveer a los ciudadanos de servicios que le garanticen cierto estándar mínimo de vida. Por su parte, el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador, aprobado en nuestro país por la Ley N° 24658, establece: derecho a un medio ambiente sano. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano *y a contar con servicios públicos básicos*” (el resaltado es propio).

Por lo tanto, se repite el concepto del acceso a servicios básicos como garantía de condiciones dignas de vida.

5 Ver <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-690-2020-341372/texto>

Salomoni entiende que

el aseguramiento de la actividad responde, no al ámbito disponible de la potestad del legislador o administrador nacionales o provinciales, sino a la exigencia del derecho fundamental al sostenimiento de los servicios públicos establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 42 de la Constitución Nacional (Salomoni, 2003/2004: 387).

González Moras concluye entonces que

Dotando al concepto de servicio público de entidad y validez de derecho internacional, se advierte que en caso de afectación del mismo, el Estado argentino podría ser responsable ante la comunidad de Estados que han suscripto dicho Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (González Moras, 2017: 370).

A modo de conclusión

Retomando el desafío que nos hacíamos al inicio del presente trabajo, podemos concluir que, a la hora de determinar el concepto de servicio público:

Debemos tener en cuenta que es una actividad en donde los usuarios gozan de derechos constitucionales a ser protegidos.

Que los tratados internacionales de derechos humanos incorporaron con fuerza constitucional mayores derechos vinculados con el acceso a una vida y vivienda dignas.

Que su vinculación con el concepto de monopolio natural es relevante, en tanto son actividades que en numerosos casos tienen estrecha relación con actividades que propician el acceso a vivienda digna, entre otros, pero no excluyente, pudiendo existir servicios públicos que no tengan este requisito.

Que en tanto actividad necesaria para el desarrollo humano debe ser regulada –buscando ser garantizada– por el Estado.

Con estas premisas, podemos pensar en definiciones que contengan o, al menos, no contradigan, lo aquí expresado.

Bibliografía

- Alé Yarad (1990). Estadoempresario y privatización en Chile. *Cuadernos Universitarios*. Universidad Nacional Andrés Bello.
- Accinelli, E y Tenorio, L. (2012). Monopolios naturales y tecnología. *Revista de Economía*, 1, 99-115.
- Barra, R. C. (1982). Hacia una interpretación restrictiva el concepto jurídico de servicio público. *Revista Jurídica La Ley*, 1982-B, p. 363.
- Barra, R. C. (31 de agosto de 2005). Entes reguladores: en camino de su delimitación institucional. *Revista Jurídica de Jurisprudencia Argentina*, III Número especial, El caso Ángel Estrada, Lexis Nexis, p. 12.
- Galindo Rodríguez, Y. y Antúnez Sánchez, A. F. (2015). El servicio público en Cuba. Una visión hacia la actividad del empresario mercantil en la actualización del modelo económico. *Documentos y aportes en administración pública y gestión estatal*. Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-37272015000200005&script=sci_abstract
- González Moras, J. M. (2017). *El servicio público como derecho social*. La Plata: Editorial de la Universidad Nacional de La Plata.
- Mertehikian, E. (2013). El artículo 42 de la Constitución Nacional en la última década: sus mandatos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista de Derecho Público*, 1994-2016, 195-215.
- Orlansky, L. T. (2013). La defensa de la competencia desde el derecho público. Su diseño institucional, su interacción con otras formas de intervención estatal en la economía y el procedimiento aplicable. Recuperado de <https://www.rafyalaw.com/articulos/1743360930.pdf>
- Rodríguez Romero, L. (1993). La teoría clásica de la regulación de monopolios naturales. *Revista de Economía*, 723, 19-34.
- Salomoni, J. L. (septiembre de 2003/abril de 2004). El concepto actual de servicio público en la República Argentina. *Documentación Administrativa*, 267/268, 367-393.

El aislamiento como severidad

Análisis del Fallo “Romero Cacharane s/ ejecución penal” (Fallos: 327:388; R. 230. XXXIV. Recurso de Hecho)



Rocío Outumuro Ortega

El presente trabajo tiene como objeto principal tratar de demostrar cómo una sanción de aislamiento de carácter administrativo (art. 82 Ley N° 24660),¹ cuya imposición se reguló para quienes se encuentran privados de su libertad de manera legítima, puede ser considerada como una severidad y por la cual el funcionario público que la impone resulta susceptible de responder en calidad de autor por el delito previsto y reprimido en el inciso 3° del artículo 144 *bis* del Código Penal.²

Previo a adentrarme en la cuestión, entiendo corresponde definir brevemente los dos conceptos bajo análisis en este trabajo –el aislamiento provisional y las severidades– para luego proceder a su análisis a la luz de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Romero Cacharane s/ ejecución penal” (*Fallos*: 327:388; R. 230. XXXIV. Recurso de Hecho).

La sanción de aislamiento provisional se encuentra prevista en el artículo 82 de la Ley N° 24660: “el reglamento podrá autorizar, con carácter restrictivo, que un miembro del personal superior legalmente a cargo del establecimiento, pueda ordenar el aislamiento provisional de internos cuando existan fundados motivos para ello, dando inmediata intervención al director”.

1 ARTÍCULO 82. - El reglamento podrá autorizar, con carácter restrictivo, que un miembro del personal superior legalmente a cargo del establecimiento, pueda ordenar el aislamiento provisional de internos cuando existan fundados motivos para ello, dando inmediata intervención al director.

2 ARTÍCULO 144 bis. - Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo: [...] 3. El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales.

Esta normativa, si bien no indica un plazo por el cual habrá de ser establecida dicha sanción, el artículo 87 de la misma ley prevé que la misma se debe fijar atendiendo a la importancia de la infracción cometida, a la individualización del caso y agrega que la duración no podrá exceder los quince días.

Sin perjuicio de ello, el artículo 37 del Decreto N° 18/97 establece que el director de la unidad penitenciaria posee un plazo de 24 horas para, y de manera fundada, expedirse en torno a su levantamiento y/o prórroga, aclara que el aislamiento provisional no podrá superar los tres días. En este sentido, el artículo 38 del mencionado decreto deja asentado que, en caso de imponerse una sanción, el tiempo ya padecido por el interno en aislamiento provisional deberá ser computada a su favor.

Puesto ello de relieve, resulta oportuno recordar la definición de este término, formulada por Ramiro Anzít Guerrero (2014: 217):

el aislamiento no resulta una sanción disciplinaria o castigo, sino una medida de seguridad provisional tendiente a separar al interno del resto de la población con el objeto de evitar disturbios dentro del establecimiento, daños a terceros y salvaguardar su integridad física”.

Tal afirmación, aparece como una manera de autorizar y fundar un acto de tipo coercitivo por parte del Estado, en miras de preservar el control del centro de detención.

El instituto mencionado, a su vez, también se encuentra previsto en la legislación española de manera muy similar a la nuestra, dado que también requiere la autorización del director del establecimiento carcelario para su imposición.

Además, sus fundamentos resultan similares a aquellos enunciados en el artículo 82 de la Ley N° 24660. Así, el artículo 45 del Código Penal español prevé que

Sólo podrán utilizarse, con autorización del director, aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente en los siguientes casos: a) para impedir actos de evasión o de violencia de los internos, b) para evitar daños de los internos a sí mismos o a otras personas o cosas, c) para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.

Nótese que en ambas legislaciones el concepto de aislamiento aparece como un método no solo de control por parte de la autoridad de aplicación respecto de los internos, tendiente a mantener el control del establecimiento penitenciario, sino también de protección respecto del propio interno, de los otros detenidos y de las cosas. Esto a su vez posee como finalidad evitar futuros comportamientos similares tanto de modo individual como general, es decir, una suerte de efecto de prevención general negativa.

Ahora bien, en lo que respecta a la definición de “severidad”, siguiendo la línea de pensamiento de Nuñez, debe entenderse como “tratos rigurosos o ásperos, que pueden consistir en atentados contra la incolumidad personal, en particulares modos de colocación o mantenimiento del preso, o en ilegítimas o irrazonables restricciones” (Nuñez, 1967: 54). Como ejemplos se podrían señalar a “los castigos corporales, el engrillamiento, el cepo, el aislamiento indebido, la privación de alimentos, el mantenimiento en lugares insalubres y la privación de derechos como el de tener recreo o recibir visitas” (PGN. Unidad Fiscal de Coordinación, 2008).

En similar sentido entiende Rafecas que

Se deben considerar severidades, como elemento normativo del tipo, todas aquellas medidas que aumenten la aflicción de la detención y que no estén previstas en las normas que regulan estrictamente el trato a los internos, ya sea que no estén en absoluto contempladas (colocación de esposas, o de mecanismos que dificulten la locomoción) o en caso de que existan, que no correspondan en el caso concreto (celda de aislamiento, prohibición de visitas) (Rafecas, 2003).

Ahora bien, previo a adentrarnos en el análisis del fallo mencionado, corresponde hacer aquí una breve referencia sobre el tipo penal sobre el cual también versa el presente trabajo, que es aquel previsto y reprimido en el artículo 144 *bis*, inciso 3° del Código Penal.

Dicho artículo expresamente prevé: “Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo: [...] 3. El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales”; todo lo cual pareciera indicar que la intención del legislador ha sido punir todo tipo de severidades, vejaciones o apremios ilegales, sin ningún tipo de condiciones y restricciones.

Contra ello, en el informe “Tratamiento penal de las condiciones de detención en los centros de clandestinos frente al tipo penal del art. 144 *ter* del C.P.”, confeccionado por la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado de la Procuración General de la Nación se asentó que

no todo acto que causa padecimientos, sufrimientos o mortificaciones a un detenido es punible según el art. 144 *bis* inciso 3ro. del C.P. Los tratos, aunque en sí severos, impuestos a los detenidos que son inherentes a la detención o que, aun no siéndolo, están autorizados por las normas que regulan las condiciones de detención, no caen en esta disposición.

A lo que también se añadió que “los actos que están autorizados por una ley sobre condiciones de detención no son ilícitos, precisamente en virtud de dicha autorización jurídica”.

Dicho apartado ahonda aún más en la letra de la ley al realizar una interpretación mediante la cual la prohibición legal se complementa con el Decreto N° 18/97. Este decreto reglamenta el procedimiento de imposición y ejecución de sanciones, entre ellas el aislamiento –entendido como parte de las condiciones de detención–, de modo que la conducta del funcionario público que la impone deviene atípica.

Sin perjuicio de ello, el mencionado informe de la Procuración General de la Nación refiere que

para que la conducta sea punible de acuerdo al art. 144 *bis* inciso 3° C.P., ella no debe ser inherente a la privación de la libertad y, además, no debe estar autorizada (sea porque no está prevista, porque se excede de la autorización o bien porque no se verifican los requisitos para ser aplicada en el caso concreto) por una disposición legal relativa al trato de las personas detenidas. Cualquier imposición de sufrimiento no autorizado que representa un plus respecto al que es inherente a la privación de la libertad constituye delito. Y esto vale particularmente para las severidades, pues, como ha señalado la doctrina, las vejaciones y los apremios, en principio, están siempre prohibidos.

Ahora bien, en miras de continuar con el presente análisis, a los fines de dilucidar cómo los conceptos analizados encuadran a la luz del fallo “Romero Cacharane *s/* ejecución penal” (*Fallos*: 327:388; R. 230. XXXIV. Recurso de Hecho), habré de realizar una pequeña síntesis del fallo.

En el citado fallo, la defensa de Romero Cacharane interpuso recurso de apelación y planteó la nulidad ante el juez de Ejecución Penal contra la sanción de quince días ininterrumpidos en una celda de aislamiento impuesta por personal penitenciario del Servicio Penitenciario Bonaerense de la Provincia de Mendoza.

Fundó su planteo en que dicha sanción fue impuesta a su defendido sin brindarle la posibilidad de efectuar su descargo ni ofrecer prueba, lo que entonces vulneraba el artículo 18 de la Constitución Nacional. Agregó que dicha garantía no se circunscribe únicamente al proceso penal, sino que también resulta extensiva tanto al procedimiento administrativo como al derecho penal disciplinario.

Agregó que el principio de legalidad deriva también del debido proceso, y el cual es una garantía constitucional de la que todo ciudadano goza frente al poder punitivo del Estado y contra cualquiera de sus órganos que dicte una sanción.

Refirió que la decisión apelada infringe las garantías previstas en el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, las que a su vez se encuentran específicamente reguladas en el artículo 91 de la Ley N° 24660 –Ley de Ejecución Penal–, que dispone que los internos no solo deben ser informados acerca de la infracción que se les imputa, que debe brindárseles la oportunidad de efectuar un descargo, de ofrecer prueba y de ser recibidos en audiencia ante el director del establecimiento antes de dictar resolución, la que siempre debe ser fundada.

Ante ello, el juez de Ejecución Penal rechazó los planteos llevados a su conocimiento. Por un lado, rechazó el planteo por cuestiones procesales, al entender que la provincia de Mendoza aún no había adecuado sus normas a dicha ley, habiéndose actuado conforme a derecho.

Por el otro, consideró que el interno había participado del hecho que motivó la imposición de la sanción cuestionada y que no podía esperarse la decisión judicial sobre si cabía o no la imposición de una sanción administrativa, por lo que resolvió que la sanción cuestionada fue impuesta de manera legal y oportuna. Agregó que, a su entender, el planteo defensorista presentaba un intento de mejorar la situación del interno y que entonces tampoco correspondía descreer de la palabra del personal del servicio penitenciario federal bonaerense que la impuso.

Contra ello, la defensa interpuso recurso de casación, con fundamento en la inobservancia y errónea aplicación de la Ley de Ejecución Penal (Ley 24.660) y por violación a las garantías constitucionales mencionadas en su recurso de apelación. Dicho recurso fue considerado mal concedido por la Cámara Nacional de Casación de Penal al entender que se trataba de una cuestión de competencia exclusiva del juez de Ejecución Penal y, en cuyo caso de la cámara que corresponda a dicha provincia. Se agregó allí que las cuestiones a resolver por el juez de Ejecución Penal no resultan de embate casatorio bajo ninguna circunstancia.

Finalmente, ante lo categórico de la denegatoria, la defensa interpuso recurso extraordinario federal al entender que la instancia anterior había realizado una errónea interpretación del artículo 491 del Código Procesal Penal de la Nación y que lo resuelto suponía una denegatoria de justicia. En su fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso de queja, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, voy a hacer un breve resumen de los fundamentos por los que el Tribunal Superior resolvió como lo hizo, para luego proceder al análisis del fallo desde el punto de vista que es objeto del presente trabajo.

La CSJN señaló que correspondía intervenir en la cuestión, pues el caso resultaba una excepción a la regla, dado que, si bien el recurrente se remitió a cuestiones procesales, lo cierto es que también se encontraban violentadas garantías constitucionales –puntualmente el derecho de defensa en juicio y el debido proceso–. El Máximo Tribunal aclaró que la negativa del Tribunal de Casación para intervenir correspondía a una concepción anacrónica de la ejecución de la pena, postura doctrinaria que fue perdiendo influencia a partir de ciertos lineamientos internacionales.

Hizo especial hincapié la Corte Suprema de Justicia de la Nación en que un recluso no deja de ser persona y que por lo tanto goza de todos los derechos y garantías constitucionales que el resto de la población –incluidas el derecho a ser escuchado y a ofrecer prueba–, con fundamento en diversos instrumentos de índole internacional.

Consideró también que, si bien existe una delgada línea que divide el derecho penal del derecho disciplinario y que los Estados tienen permitido aplicar sanciones disciplinarias, lo cierto es que el derecho

debe ser aplicado aun dentro del ámbito carcelario, es decir, dentro de las paredes de la prisión. Esto implica la imposibilidad de eliminar los derechos fundamentales de quienes se encuentran en contextos carcelarios.

Por otro lado, se remitió al principio de legalidad y dijo que este resulta extensivo a la etapa de la ejecución de la pena, receptado por la Ley N° 24660, como así también el de control judicial y de judicialización; de modo que siempre que se trate la aplicación de ley penal sustantiva, el Tribunal Casatorio se encuentra habilitado para intervenir.

Por último, hizo una breve referencia sobre la sanción en sí misma impuesta, y en su voto el Doctor Fayt expresó que dicha sanción representa un empeoramiento en las condiciones de la ejecución de la condena y, por lo tanto, una afectación a los derechos fundamentales del interno, puesto que altera el régimen de progresividad penitenciario.

Así, más allá del resultado final del fallo, corresponde señalar que la sanción impuesta no cumplió expresamente con el procedimiento que prevé el Decreto N° 18/97, como así tampoco con el artículo 91 de la Ley N° 24660, toda vez que, tal lo adujo la defensa, no brindó al detenido la posibilidad efectiva de efectuar su descargo, ofrecer prueba y ser recibido en audiencia ante el director del establecimiento carcelario antes de dictar resolución (la cual, recordemos, debe encontrarse fundada).

Que en el caso bajo análisis no se cumplió con lo normado en los artículos 39 y siguientes del mencionado decreto en cuanto prevén la debida notificación al interno de la infracción que se le atribuye, los derechos que le asisten (como contar con un letrado defensor), la posibilidad de ofrecer prueba y, finalmente, antes de emitir resolución, de mantener una entrevista previa con el director de la unidad carcelaria; pues luego de confeccionado el parte de infracción respecto de Romero Cacharane, de modo inmediato se le aplicó la sanción, en prescindencia del procedimiento mencionado y en flagrante violación a las garantías constitucionales antes referidas.

Ahora bien, a la luz del artículo 144 *bis*, inciso 3° del C.P., entiendo que nos encontramos ante una clara infracción por parte del funcionario público, susceptible de reproche penal, por cuanto su conducta excede los límites de la autorización legal conferida al advertirse una serie de irregularidades en su accionar. Es decir que no actuó conforme la ley lo indica, sin perjuicio de encontrarse dadas las condiciones materiales para hacerlo.

Como primer elemento, cabe destacar que, si bien la norma habla del funcionario público que “impusiere” la severidad, siguiendo la línea de pensamiento de Soler, Creus, Buompadre, Donna y Núñez, entre otros, no solo puede ser sujeto activo de la conducta aquel que posee la custodia directa o indirecta del detenido, sino que comprende también a aquellos que ostenten su custodia de manera permanente en tanto se trate de una tarea que se encuentra abarcada dentro de sus competencias funcionales.

Sin perjuicio de ello, Gabriel Bombini y Javier Di Iorio en su artículo “Severidades, Apremios y Vejaciones” explican que

no sólo aquellos que guardan de manera inmediata o directa pueden ser autores, sino también quienes lo hagan de forma mediata o indirecta, en tanto se verifique una vinculación entre aquel como garante de la protección integral del detenido. Es decir conclusivamente, que tanto puede cometer el delito aquel guardia o custodio, como el director o Alcaide del establecimiento penal en el que el preso se encuentra alojado (Bombini y Di Iorio, 2013).

En lo que respecta al sujeto pasivo, claro está que, en el caso del mencionado fallo, Romero Cachera no se encontraba privado de su libertad de manera legítima por cuanto se encontraba allí alojado en carácter de condenado y cumpliendo pena en el establecimiento carcelario a exclusiva disposición del juez de Ejecución Penal.

Ahora bien, en lo que refiere a la conducta bajo análisis, cuando decimos que se excede de su autorización y, continuando con la línea de pensamiento de Bombini y Di Iorio, cabe distinguir tres cuestiones en torno a su origen que no resultan excluyentes: a) por ser contraria a la reglamentación: por ausencia de previsión absoluta, o en particular para determinado supuesto, o bien por estar directamente prohibida por esas disposiciones; b) por ser abusiva de aquella: por su aplicación más intensa, sea durante más tiempo que el estipulado o en condiciones más severas; c) por ser impuesta por autoridad no competente para disponerla.

Tales consideraciones, a su vez, derivan en un agravamiento de las condiciones de detención que se traducen en restricciones a los derechos concedidos a los detenidos, como ser, en el caso de estudio, el incumplimiento del procedimiento reglamentario para la imposición de sanciones, como consecuencia de lo cual fueron violentados las garantías constitucionales del detenido –antes referidas– no solo aplicables al procedimiento penal sino también al procedimiento administrativo y disciplinario del sistema carcelario.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo hasta aquí mencionado, y siguiendo la línea de pensamiento de los mencionados autores, cabe consignar que para que se configure el tipo objetivo, en primer lugar, debe haber un ejercicio legítimo de las condiciones de detención por parte del agente. Estas circunstancias en el fallo bajo análisis no se encuentran corroborados, pues Romero se encontraba alojado en carácter de condenado en una unidad carcelaria de la provincia de Mendoza, perteneciente al Servicio Penitenciario Federal Bonaerense.

Como segundo elemento, debe tenerse en cuenta que el agente, si bien se encuentra legitimado para llevar a cabo la detención, en este caso para mantener la detención que ya venía sufriendo Romero, con su conducta incumple las formalidades prescriptas por la normativa penal y carcelaria para disponerla o ejecutarla. Puntualmente incumplió lo normado en el artículo 91 de la Ley N° 24660 y en el Decreto N° 18/97 antes mencionados.

En el supuesto bajo estudio, se encontraban presentes los requisitos sustanciales y de competencia funcional, y aun así el ejercicio de la privación de la libertad (esto es, la imposición de la sanción cuestionada) resultó incorrecto, por cuanto no adhirió a las normativas que así lo reglamentan. Estos

extremos eran conocidos por el funcionario público que dictó y aplicó la sanción sin respetar los procedimientos reglamentarios para ello, máxime si se tiene en cuenta que en su calidad de funcionario público debió conocerlos.

Finalmente, y en lo que respecta al fallo, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un delito de resultado y de carácter permanente, que se consuma con la efectiva privación de libertad del sujeto pasivo y que se prolonga mientras no cesa el estado de sometimiento, el funcionario público dictó la sanción sin observar los procedimientos legales y, en consecuencia, ordenó su cumplimiento, por lo que a mi entender eventualmente podría responder en calidad de autor penalmente responsable del delito previsto y reprimido en el artículo 144 *bis*, inciso 3° del C.P.

Tal afirmación encuentra sustento en que el sujeto activo poseía efectivo conocimiento de los reglamentos carcelarios que reglamentan su actividad, al punto tal que omitió dar cumplimiento al procedimiento previo a ejecutar la sanción de quince días ininterrumpidos de aislamiento y previo a dar intervención judicial; y aun así eligió proceder en prescindencia de los mismos.

En efecto, explicó el juez de Ejecución Penal en el fallo traído a estudio que el dictado de la sanción en las condiciones que motivaron el recurso obedeció, en primer lugar, a que la provincia aún no había adecuado sus normas a dicha ley, sumado a que no podía esperarse la decisión judicial sobre si cabía o no una sanción administrativa. Aclaró que dicha sanción fue impuesta de manera legal y oportuna y que tampoco correspondía descreer de la palabra del personal del servicio penitenciario.

Ahora bien, antes de concluir con el presente trabajo, me parece importante destacar que lo explicado en los apartados que anteceden aparece como una situación hipotética que tiene como objeto únicamente intentar demostrar que más allá de la postura doctrinaria en cuanto al no reproche penal por la aplicación de sanciones disciplinarias de aislamiento por resultar “parte de las condiciones de detención”, lo cierto es que, para poder afirmar su atipicidad las mismas deben ser dictadas e implementadas tal lo prevé la normativa penal vigente y las leyes que así lo reglamentan.

Solo así podríamos encontrarnos ante un caso de atipicidad de la conducta del funcionario que la aplica, pues se estarían respetando todas las garantías constitucionales de las que gozan las personas privadas de su libertad y, de esta manera, la sanción de mayor gravedad implementada podría cumplir con su finalidad de protección, control y ejemplificación.

No debe olvidarse que la sanción de aislamiento únicamente procede ante infracciones de carácter grave, que es de carácter excepcional y que su duración debe ser limitada. Además, la misma debe ser dictada por el menor tiempo posible y en proporción a la infracción cometida, debiendo estar acompañada de una serie de garantías, tales como sistemas de revisión y apelación, es decir, aquellos previstos en la normativa legal antes citada.

Proceder del modo opuesto, implicaría avalar la imposición de sanciones de carácter grave sin la debida autorización legal, sin respetar los procedimientos legales que así las prevén, permitiendo así un ejercicio abusivo en la ejecución de la pena privativa de la libertad en flagrante violación de las

garantías constitucionales consagradas en el artículo 18 de la Constitución Nacional, donde además se encuentran descriptas las condiciones que deben poseer los establecimientos carcelarios de nuestro país, entre otras disposiciones nacionales e internacionales.

Además, proceder de aquel modo (esto es, mediante la imposición de tratos de severos a través de la aplicación de sanciones de aislamiento, por ejemplo) permitiría afirmar que el Estado es quien permite el agravamiento de las condiciones de detención de las personas privadas de su libertad.

Este tipo de tratos, entre otros, resultan susceptibles de generar un perjuicio sobre la persona, tanto físico como mental, que en ocasionales circunstancias y dependiendo del individuo que se trate pueden llegar a configurar hasta tratos inhumanos y crueles. Así lo tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referir que el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas y la coloca en una situación de particular vulnerabilidad; cuestión que contradice la finalidad de reinserción social que la pena lleva ínsita.

A esto debe sumarse una posible responsabilidad internacional por parte del Estado, pues el “El confinamiento solitario prolongado de la persona detenida o presa puede equivaler a actos prohibidos de tortura”, CG 20/44 sobre el artículo 7 PIDCP.

En conclusión, si bien el fallo analizado ha sentado precedente en relación al reconocimiento de los derechos y garantías de las personas privadas de su libertad por sobre las normas carcelarias, como así también la extensión del procedimiento penal y administrativo sancionatorio durante la ejecución de la pena y hasta la materia de intervención de los Tribunales Casatorios, a mi criterio, propicia el ámbito de discusión entre los distintos poderes con el objeto de fijar políticas públicas tendientes al mejoramiento de los establecimientos carcelarios y a la capacitación del personal penitenciario en relación a su materialización.

Así, la creación de políticas carcelarias tendientes al mejoramiento de las condiciones de detención de aquellas personas que se encuentran privadas de su libertad permitiría se respeten en mayor medida sus derechos y garantías y beneficiaría también a los propios funcionarios públicos encargados de su cumplimiento, pues como vimos sí resultan susceptibles de incurrir en el delito previsto y reprimido en el artículo 144 *bis*, inciso 3° del CP, por los motivos expuestos a lo largo del presente trabajo; además de colaborar con el real y efectivo cumplimiento del objetivo de reinserción social de la pena, beneficiando en definitiva a la sociedad en su totalidad.

Bibliografía

Argentina, Procuración General de la Nación. Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado (2008). Tratamiento Penal de las Condiciones de Detención en los centros de clandestinos frente al tipo penal del art. 144 ter del C.P.

Asociación para la Prevención de la Tortura (2004). *Monitoreo de lugares de detención. Una guía práctica* (M. Maza y A. Peralta, trads.). Chenôve, Francia: Abrax.

Anzit Guerrero, R. (2014). *Ejecución Penal. Ley de ejecución penal 24.660, comentada*. CABA: Cathedra Jurídica.

Núñez, R. C. (1967). *Tratado de Derecho Penal: tomo IV*. Córdoba: Lerner.

Bombini, G. y Di Iorio, J. (15 de noviembre de 2013). Art. 144 bis Severidades, Apremios y Vejaciones. *Revista Pensamiento Penal, Código Comentado de Acceso Libre*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37798.pdf>

Rafecas, D. E. (2003). Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos. En L. Niño y S. M. Martínez (dirs.), *Delitos contra la libertad*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Remedios procesales, de placebos y nocebos



Pablo Daniel Ortellado Quinchen

¿Resultan inocuas las (in)decisiones judiciales?

Para respondernos este interrogante, haremos un recorrido sobre una serie de temas que nos ayudarán a comprender la complejidad de asuntos que por resultar tan evidentes muchas veces resultan desapercibidos.

Políticas públicas, entre la progresividad de la justicia social y la regresión del neoliberalismo

Para comenzar, debemos contextualizar los discursos que sostienen las distintas políticas públicas, para leer e identificar las implicancias de cada una de ellas.

¿Qué entendemos como políticas públicas? Al conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un Gobierno para solucionar un problema que, en un momento determinado, tanto los ciudadanos como el gobierno, consideran prioritario (Tamayo Sáez, 1997).

Como disparador, podríamos remontarnos a octubre de 2009, cuando fue sancionada y promulgada la Ley N° 26522 Servicios de Comunicación Audiovisual, vulgarmente conocida como Ley de Medios, la cual introdujo, entre otras cuestiones, un cambio de paradigma transcendental en cuanto al

funcionamiento y la distribución de las licencias de los medios radiales y televisivos de nuestro país. Es menester destacar que la misma ha sido ampliamente debatida, tanto en el recinto parlamentario como en los medios de comunicación, logrando un considerable consenso de un extenso arco político. A través de esta, se creó la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), organismo descentralizado y autárquico, con un directorio compuesto por vastos sectores de representatividad, es decir, integrantes del oficialismo, la oposición (segunda y tercera minoría), representantes de las provincias, de las universidades, los dueños de medios, trabajadores del sector, entidades sin fines de lucro e instituciones gestoras de derechos, y el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, organismo pensado para un diálogo federal a través de la representación de todas las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A su vez, y algo a lo que apuntaremos más adelante, se estableció en su artículo 2 que “la actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera *una actividad de interés público*”.

En el mismo sendero encontramos años más tarde, en diciembre de 2014, la Ley N° 27078, Ley Argentina Digital, la cual estableció y garantizó, la completa neutralidad de las redes y, al mismo tiempo, declaró *de interés público* el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, las telecomunicaciones, y sus recursos asociados y fundamentalmente sostuvo en su artículo 2 que la misma tiene como finalidad garantizar *el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones* (el resaltado es propio). De forma simultánea, se creó la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC) y, en la búsqueda de un federalismo de concertación, se dio origen al Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización, donde también las provincias y CABA disponían de un representante por cada jurisdicción.

Claramente, políticas públicas orientadas a la democratización de los medios de comunicación y al reconocimiento de derechos humanos de las TIC (tecnologías de la información y las comunicaciones) pueden encuadrarse en políticas progresivas de justicia social y redistribución de la riqueza. Dado que estas medidas buscan, además de abrir el juego a la participación de los servicios de comunicaciones audiovisuales y las TIC, garantizar el acceso a estos servicios en condiciones sociales y geográficas más equitativas.

A partir de diciembre de 2015, con el cambio de gobierno en la Presidencia de Mauricio Macri, encontramos (a menos de un mes de asumir el mandato) el Decreto N° 267/2015 que, a todas luces, se encuentra orientado en sentido contrario a las políticas públicas de los gobiernos predecesores.

Por un lado, mediante este decreto, se favorece la concentración de medios al flexibilizar los topes de licencias, la multiplicidad de las mismas y estableciendo la posibilidad de prórrogas sucesivas sobre estas, favoreciendo con este tipo de decisiones a los grandes conglomerados, cada vez “más dueños que nunca” (Becerra y Mastrini, 2018), se excluye al servicio de televisión por cable de la regulación audiovisual atacando el corazón de la LSCA (Marino y Dato, 2016) y, para que no quede ningún tipo de dudas sobre el cambio de rumbo, se decretó la disolución del AFSCA, el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC) y el Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización;

claro está que, cuidando las formas, se creó el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) bajo la órbita del Ministerio de Comunicaciones, ministerio que tuvo una vida útil de 2 (dos) años en “el mejor equipo en 50 años”, y estableció el Consejo Federal de Comunicación absorbiendo todas las competencias que ostentaban los organismos disueltos.

En este elixir de medidas resulta interesante destacar, entre otros, dos puntos fundamentales; primero el ENACOM, si bien, en un principio cumpliría las funciones del AFSCA, su integración pasó desde una pluralidad democrática (colectiva) a una integración individualista. Esto es, con funcionarios que responden íntegramente al poder Ejecutivo. Esta medida, que requiere un párrafo aparte de investigación, podría eventualmente encuadrarse dentro de las competencias del Ejecutivo, de hecho, el Decreto N° 267/2015 que así lo sostiene alega las facultades propias del artículo 99, inciso 1 de la Constitución Nacional. Ahora bien, como segundo punto, y de forma crucial, bajo el discurso del republicanismo, a través del mismo acto, pero alegando las disposiciones del artículo 99, inciso 3 de nuestra Carta Magna, se modificaron de forma sustancial, tanto la Ley N° 26522 como la Ley N° 27078, como ya dijimos, normas ampliamente debatidas y con un consenso pluralista. Para decirlo de forma más llana, a través de un decreto de necesidad y urgencia (norma material), se modificaron leyes del Congreso (normas formales). Y aquí no estamos refiriéndonos a si el Ejecutivo decidió establecer un feriado puente o disponer de un asueto administrativo para la Administración pública nacional, sino de decisiones sobre políticas públicas que tienen como consecuencia la regresividad de derechos.

Bien, planteado el contexto general, podemos avanzar con el Decreto N° 690/2020.

¿Qué dice el DNU N° 690/2020?

En un contexto muy particular de plena pandemia, es decir, de emergencia pública, a través del Decreto N° 690/2020 del 22 de agosto de 2020, se establece que los servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia, es decir que declara a los servicios de telefonía fija y celular, las prestaciones de internet y el servicio de televisión por cable, como *servicios públicos*. Suspendió los aumentos de precios o modificación de los mismos, establecidos o anunciados desde el 31 de julio y hasta el 31 de diciembre de 2020 por los licenciatarios TIC, incluyendo los servicios de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico y los correspondientes al servicio de telefonía fija o móvil, en cualquiera de sus modalidades, en otras palabras, *estableció un congelamiento de precios de los servicios hasta fin del año*; y por último, *volvió a restituir parte del andamiaje del articulado de la Ley N° 27078 (Página 12, 2020)*, la cual, como dijimos, ha sido ampliamente debatida y sancionada por amplias mayorías en el Congreso de la Nación.

Encuentro redundante clasificar la orientación de esta medida, pero, por las dudas, vamos a encuadrarla dentro de las políticas públicas orientadas al reconocimiento de derechos y a la búsqueda de

una justicia social, con un Estado presente, acorde al lineamiento ideológico que esgrimen quienes ostentan la dirección del Poder Ejecutivo en el período bajo análisis.

Ahora desmenecemos la norma para poder leer las líneas entre líneas.

Líneas entre líneas: poder de policía, servicios públicos y necesidad y urgencia (en urgencia)

Poder de policía

Siguiendo a doctrinarios como Balbín, podemos decir, sin temor a equivocarnos, que el poder estatal de regulación de los derechos es competencia del Poder Legislativo y, solo en casos de excepción, con intervención del Congreso, el Ejecutivo puede ejercer ese poder de contenido legislativo (Balbín, 2021). Claro está, sin prejuicio del poder regulador que ejerce el Ejecutivo de forma concurrente con el Legislativo en la reglamentación de las leyes. Todo ello sustentado en los artículos 14 y 28 de nuestra Constitución Nacional. Esta regulación se ve supeditada a la razonabilidad que prevé el citado artículo 28 (CN), la causalidad entre medios seleccionados y fines estatales y la proporcionalidad, o sea, el vínculo (nexo) entre los medios y los fines.

Interpretando ambos artículos, podemos sostener que los derechos garantizados en nuestra Constitución Nacional no son absolutos, dado que pueden ser reglamentados a través de leyes que regulen su ejercicio. En este sentido, debemos aclarar que cuando nos referimos a leyes, nos referimos a leyes en sentido formal, tal como surge del criterio establecido en la Opinión Consultiva N° 06/86 de la CADH, es decir, por normas emanadas a través del proceso instaurado en las constituciones nacionales.

Parece ser que cuando hablamos de justicia social y de regulación de derechos, no solo atentamos contra las premisas del neoliberalismo, libertad y propiedad (como derechos absolutos), sino que estaríamos ante un tema novedoso. Sin embargo, si buceamos a través de las decisiones de nuestra CSJN en los últimos 100 años, podemos encontrar distintos fallos en relación con estos temas en distintas situaciones de emergencia pública, a saber: Ercolano (1922), congelamiento de cánones locativos por el plazo de dos años para propiedades destinadas a habitación, comercio o industria (*emergencia habitacional*); Avico (1934), sobre la prórroga por tres años de las obligaciones vencidas garantizadas por hipotecas (*emergencia económica*); Cine Callao (1960), el cual trata del establecimiento de espectáculos teatrales antes de la proyección de las películas en las salas cinematográficas¹ (*emergencia ocupacional*), y más recientemente el fallo Massa (2006) sobre la pesificación de los ahorros en moneda extranjera (*emergencia económica*).

¹ Este fallo tiene la particularidad de que mientras sucedieron los hechos que resultaron disparadores de la controversia, regía en nuestro país la Constitución de 1949, cuyo cambio paradigmático de la función social de propiedad marcó un hito en el constitucionalismo social.

Servicios Públicos

Partiendo de la base de que el Estado debe garantizar derechos, no solo debe regular los mismos, sino que debe realizar prestaciones positivas, o sea, prestar servicios. Ya sea por cuenta propia y exclusiva, como es el caso del servicio de justicia, el servicio exterior o el servicio de seguridad. Este tipo de servicios, son las denominadas *funciones estatales básicas*. Luego, encontramos servicios que pueden ser prestados por el Estado o por terceros, los denominados *servicios sociales*, aquí podemos mencionar a modo de ejemplo el servicio de salud o el de educación. Por último, y no por ello menos importante, encontramos a los *servicios públicos*, los cuales poseen unas características muy particulares. En primer lugar, el Estado debe garantizar estos servicios, pero puede abstenerse de prestarlos, es decir, no es necesario que el proveedor sea el propio Estado de forma exclusiva o concurrente. La titularidad es estatal (aun cuando delegue su gestión), y la prestación debe ser regular y continua. No obstante, este tipo de servicios de carácter económico reconoce derechos instrumentales y permite hacer más ciertos los derechos fundamentales. En otras palabras, el servicio público es un instrumento que hace posible el disfrute de otros derechos. Aquí encontramos, por ejemplo, el servicio de transporte, el de energía eléctrica, el suministro de agua potable y el de gas. Donde cada uno de estos ejemplos permite, como dijimos, el disfrute de otros derechos, es decir, con el servicio de transporte, podemos ejercer el derecho al trabajo, el derecho a la educación o trasladarnos para una atención médica (derecho a la salud). Así como el servicio de suministro de agua potable hace posible ejercer el derecho a una vida digna, a la salud y a la vida, entre otros.

Este tipo de servicios posee además una peculiaridad muy particular, el usuario debe abonar una tarifa con objeto de resguardar el derecho de propiedad del prestador y, dado que subyacen derechos fundamentales, el servicio debe garantizar el acceso de los sectores más vulnerables a través de las tarifas sociales.

La tarifa merece un apartado especial. Pero, sin ánimo de irnos por la tangente y a modo de síntesis, podemos decir que el valor de esta es de *carácter mixto*, **entre el aspecto reglamentario** (regulación estatal) y el *aspecto contractual* (precio de mercado), donde las modificaciones y aumentos deben ser consensuados con el Estado y abierto a debate a través de las audiencias públicas.²

Necesidad y urgencia (en urgencia)

Si bien hemos dejado establecido que la limitación de los derechos debe realizarse a través de una ley en sentido formal, nos encontramos ante una ley en sentido material, el DNU N° 690/2020. Este tipo de decretos se encuentra regulado en el artículo 99, inciso 3 de nuestra Constitución Nacional, el cual fuera fruto de la reforma de 1994, buscando limitar las atribuciones del Poder Ejecutivo, por lo cual demarca, por un lado, un principio que establece: “el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso

² Para profundizar en este aspecto, se puede abordar el fallo de la CSJN CEPIS y Otros, s/ amparo (2016).

bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”, para continuar estableciendo una excepción:

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia.

Abre la puerta para permitir por parte del Ejecutivo, la disposición de normas de carácter legislativo, denominadas decretos de necesidad y urgencia. Sin embargo, nuestra Ley Suprema, no establece cuáles son esas circunstancias. Para ello debemos remitirnos nuevamente a fallos de nuestra CSJN, y podemos encontrar el antecedente de Verrochi (1999), el cual establece que para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas (que en principio le son prohibidas), es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos opciones (el destacado es propio):

1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

Ante lo cual me pregunto: ¿existe mayor urgencia para un decreto de necesidad y urgencia, que una pandemia a nivel mundial sin precedentes?

Formalidades del Decreto N° 690/2020

El régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes (Ley N° 26122) establece que la Comisión Bicameral Permanente tiene competencia para pronunciarse sobre los decretos mencionados. Se encuentra integrada por ocho (8) diputados y ocho (8) senadores, sesiona (quórum) a través de la mayoría absoluta de sus miembros y dictamina con la mayoría absoluta de sus miembros, y en el caso de que haya más de un dictamen con igual número de firmas, el dictamen de mayoría es el que lleva la firma del presidente de la comisión. La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y llamar a su tratamiento con 48 (cuarenta y ocho) horas de antelación. Bien, estas circunstancias son las que

sucedieron en el tratamiento del Decreto N° 690/2020, en pocas palabras, tuvo su dictamen favorable el 24 de agosto de 2020.³

Puesto el dictamen a consideración de las cámaras del Congreso de la Nación, el Senado de la Nación declaró su validez el 07 de septiembre de 2020, por medio de la Resolución N° 95/2020.

A partir de aquí nos encontramos ante un acto consolidado según marca nuestro ordenamiento jurídico de espíritu republicano; en pocas palabras, el Decreto N° 690/2020 del Poder Ejecutivo Nacional fue refrendado por el Poder Legislativo Nacional. Estamos ante una norma que cuenta con presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria. ¿Fuerza ejecutoria?

El diario del lunes

Continuar analizando los hechos con el diario del lunes se transforma en un sin sentido si no tomamos en cuenta y nos posicionamos en agosto del año 2020. Sumergidos en plena pandemia, con ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio) y DISPO (Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio), con medidas económicas de urgencia, como el IFE y el ATP, la sociedad se vio sumergida en una situación sin precedentes, donde los sectores más vulnerables sufrieron las consecuencias más gravosas en relación al acceso a la educación, el acceso a la salud, la posibilidad de trabajar de forma remota, la imposibilidad de generar ingresos a quienes se encontraban fuera de la economía formal, contar con servicios de comunicación, de comunicación audiovisual y, fundamentalmente, del acceso a internet. Siendo este último un instrumento fundamental como vía de apertura para el disfrute de los derechos mencionados, e incluso un poco más allá, como el derecho a la identidad digital.

En este contexto tan particular, se definió el DNU N° 690/2020 que, como dijimos, congeló las tarifas hasta fin de año, restauró el articulado de la Ley N° 27078 y estableció el servicio de acceso a internet, telefonía fija y móvil, y el servicio de televisión por cable como servicio público.

Grupos económicos y grupos desventajados

A primera vista, podemos identificar un grupo “afectado” y otro grupo como “beneficiado” por la política pública seleccionada.

Podemos encontrar dentro de los grupos afectados, a los grupos económicos, los conglomerados, los dueños del circo, como dirían nuestros abuelos, aquellos que cuentan con el oligopolio de servicios que solo pueden brindar una parte exclusiva del sector privado, claro está que esgrimiendo la afectación a sus derechos de propiedad (¿absolutos?), el cercenamiento de la libertad y la imposibilidad de afrontar inversiones, entre otros; no vieron con buenos ojos estas medidas. Por el otro lado, un grupo

³ Comisión bicameral: https://www.diputados.gov.ar/prensa/noticias/noticias-podio/noticias_1375.html
Debate de la comisión <https://www.youtube.com/watch?v=q0fw5MhjAzI&t=10s>

“beneficiado”, los grupos desventajados (vulnerables), las personas que se quedaron fuera del sistema por la imposibilidad de acceder a servicios que solo un sector privilegiado pudo cubrir con estándares de calidad acorde a lo necesitado.

Ahora bien, ¿pueden verse afectados grupos que brindan servicios de manera exclusiva, donde el Estado (titular del servicio) provee inversiones por más de tres mil millones de pesos para extender la fibra óptica en nuestro país?⁴

Parece que sí, y, de hecho, lo hizo saber a través de la solicitud de una medida cautelar autónoma presentada por Telecom contra el Poder Ejecutivo Nacional y el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM). Medida cautelar que fue desestimada en primera instancia por el Juzgado Contencioso Administrativo Federal Nro 10 el 28 de enero de 2021, con un desarrollo argumentativo sostenido en la Ley N° 26854 (medidas cautelares en las causas o en las que interviene el Estado nacional) fundamentalmente con un carácter restrictivo de su articulado, especialmente el artículo 13 que establece:

Suspensión de los efectos de un acto estatal.

1. La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando *concurran simultáneamente* los siguientes requisitos:

- a) Se acredite sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;
- b) La verosimilitud del derecho invocado;
- c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto;
- d) *La no afectación del interés público;*
- e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.”

(el resaltado es propio).

Entre otros argumentos sostuvo:

la actora más allá de sus manifestaciones, no estimó cuál es la incidencia económica concreta que el congelamiento de precios, los aumentos fijados o el valor del Servicio Básico Obligatorio producen en su economía, de manera tal de acreditar que la denegación de la medida cautelar le causaría un gravamen que difícilmente podría revertirse en el supuesto de que la sentencia final de la causa admitiese su pretensión [...] se había dicho en forma reiterada que el perjuicio invocado debía ser de una entidad

4 https://www.enacom.gob.ar/institucional/mayor-inversion-para-el-desarrollo-de-la-inclusion-digital_n2535

tal que pudiera influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible, y, asimismo, que el peligro en la demora debía ser grave e irreparable, y ser ponderado de acuerdo a un juicio objetivo o derivar de hechos que pudieran ser apreciados incluso por terceros [puntualizó] [e]n otras palabras, la actora no ha explicado concretamente de qué manera dichos afectarían el estado de sus finanzas [...] la actora pretende tutelar un interés económico y sin embargo, no se han aclarado los efectos concretos que podría acarrear el hecho de afrontar dichos costos, en relación al giro normal en sus actividades.

Bien, la actora recurrió la resolución y obtuvo sentencia favorable⁵ a través de la Sala II de la Cámara Contenciosa Administrativa Federal, que no solo trasladó (extrañamente) casi todos los argumentos de la actora a su sentencia, sino que suspendió los efectos por el plazo máximo que le permite la norma en su artículo 5, 6 (seis) meses.

Es decir, tenemos una decisión del Poder Judicial contra políticas públicas establecidas por el Poder Ejecutivo y refrendadas por el Poder Legislativo. En este juego de frenos y contrapesos parecería que la balanza siempre se inclina para el mismo lado. No obstante, y para establecer un remedio procesal que evita el daño (placebo), se estipuló una contracautela de diez millones de pesos (\$10.000.000), monto que parecería irrisorio pensando en los temas que se encuentran en juego, el actor que debe soportar la erogación y como importe reparador de los daños de los afectados (si acaso se puede cuantificar de alguna manera el daño que resulta quedar fuera del sistema) (nocebos). ¿Tiene reparación este tipo de daños?

Ahora bien, la resolución se encuentra manos de nuestro máximo tribunal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual no tiene un plazo para expedirse, de hecho y sin ánimo de hacer futurología, probablemente termine el mandato del actual presidente de la nación, antes de obtener una sentencia definitiva sobre este tema, o incluso podría desestimarla con un tristemente clásico artículo 280 del CPCCN, el cual reza “La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”. Claro que por lo menos esto sería una decisión, decisión que a la fecha de presentación de este ensayo (julio 2022) aún no tenemos la oportunidad de conocer.

Como consecuencia, el destino de los grupos desventajados queda en manos de una corte que no solo no cuenta con la totalidad de su integración, sino que estamos ante un máximo tribunal que se encuentra por lo menos cuestionado, entre otras cosas por el establecimiento de sus prioridades, prioridades que están lejos de ser garantes de los derechos de todos y todas, una corte que merece un serio debate en nuestro sistema de administración de (in)justicia.

5 “Telecom Argentina c/Enacom y otro s/medida cautelar (Autónoma)” (Expte. 12.881/2020) Sala II, CCAF, 30/04/2021.

Desafíos

Partiendo de la premisa teórica y práctica de que la definición y ejecución de las acciones gubernamentales son resultado de tensiones entre diferentes formas de comprender el sentido y contenido de la acción/intervención del Estado. Analizar estas formas resulta entonces primordial para saber dónde estamos, a dónde queremos ir, qué Estado queremos y fundamentalmente cuál es la Administración de Justicia que necesitamos.

Como hemos visto, las intervenciones neoliberales, cuyas lógicas exceden el marco del presente trabajo, tienen un impacto negativo en el disfrute de los derechos sociales, económicos y culturales. Bajo la aparente justificación de la “objetividad técnica”, la población vulnerable (grupos desventajados) resulta afectada por un discurso “científico/judicial” que afianza las desigualdades con resoluciones que neutralizan las políticas públicas que buscan un horizonte de justicia social.

Tener una noción y un diagnóstico certero de los impactos de estas (in)decisiones judiciales nos brindarán herramientas que coadyuvarán a un debate que busque alternativas concretas para una sociedad argentina más equitativa; claro está, si continuamos haciendo lo mismo, no esperemos obtener resultados distintos porque al fin y al cabo las (in)decisiones judiciales no nos están resultando inocuas.

Bibliografía

Balbín, C. (2021). *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley.

Becerra, M. y Mastrini, G. (7 de junio de 2018). Más dueños que nunca. *Revista Anfibia*, UNSAM. Recuperado de <http://revistaanfibia.com/ensayo/mas-duenos-nunca/>

Marino, S. y Dato, M. (8 de abril de 2016). Consecuencias mediáticas. *Revista Anfibia*, UNSAM. Recuperado de <https://www.revistaanfibia.com/consecuencias-mediaticas/>

Página 12 (22 de agosto de 2020). Qué dice el DNU que declara servicios públicos a TV, Internet y celulares. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/286829-que-dice-el-dnu-que-declara-servicios-publicos-a-tv-internet>

Tamayo Sáez, M. (1997). El análisis de las políticas públicas. En R. Bañón y E. Carrillo (comps.), *La Nueva Administración Pública* (pp. 281-312). Madrid: Alianza Editorial.

El derecho a la vida familiar de las hijas e hijos de personas migrantes

El rol del Ministerio Público de la Defensa



Florencia G. Plazas*

Introducción

Hace muchos años que las defensorías de menores del Ministerio Público de la Defensa intervienen, o intentar hacerlo, en aquellos casos en los que se revisan judicialmente las órdenes de expulsión de personas migrantes que cuentan con hijos y/o hijas en el país, dictadas por la Dirección Nacional de Migraciones (DNM).

Sin embargo, en el último tiempo se ha consolidado una jurisprudencia que limita, y en la mayoría de los casos excluye, la participación de las defensorías de menores en este tipo de procesos. Fue en el año 2016, a partir del fallo “Chavez Ruiz”, dictado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que comenzó a gestarse con mayor fuerza esta jurisprudencia restrictiva. Con el tiempo, esta postura se fue extendiendo a otras salas y juzgados de primera instancia del fuero en lo contencioso administrativo federal.

En el presente trabajo se analizará el rol que las defensorías de menores pueden cumplir en este tipo de casos, describiendo el trabajo que realizan en un caso en concreto. También se describirán algunas decisiones judiciales en las que la información y argumentos aportados por la Defensoría de Menores resultaron fundamentales para revocar judicialmente la expulsión de la persona migrante y de esta forma garantizar el derecho a la protección de la vida familiar de sus hijos e hijas.

* Defensora pública oficial ante los Tribunales Federales de CABA.

Siguiendo esta línea de estudio, se analizará la jurisprudencia relativa al tipo de participación que tienen, o deberían tener, las defensorías de menores.

Por último, se hará un repaso de la reciente jurisprudencia en la materia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El trabajo de la Defensoría de Menores en la revisión judicial de las expulsiones

Cuando los tribunales propician a través de una vista la participación de la Defensoría de Menores en este tipo de casos, se analiza la situación en concreto del niño, niña o adolescente y de su grupo familiar. Se hace especial foco en los perjuicios y la afectación de derechos que podría generar la expulsión de su progenitor/a.

En general, la mera separación del niño, niña o adolescente de su padre o madre acarreará la afectación de su derecho a la vida familiar o a la protección de la unidad familiar (arts. 11 y 17 CADH, arts. 17 y 23 del PIDCP, art. 10 PIDESC). Al respecto, la Convención de los Derechos de Niño específicamente reconoce su derecho a no ser separados de sus padres salvo en aquellas situaciones en las que judicialmente se verifique que la medida es necesaria para preservar su interés superior (art. 9 CDN).

Casi en la totalidad de los casos, exceptuando aquellas situaciones en las que ha quedado evidenciado que la persona adulta con orden de expulsión cometió un delito o una acción cuya víctima ha sido el niño/niña o adolescente en cuyo interés está interviniendo la Defensoría, se parte de la premisa de que siempre es más beneficioso vivir cerca de su progenitor/a. Es por ello que casi en la totalidad de los casos las defensorías de menores presentan argumentaciones más del tipo dogmático, con fundamentación en el derecho internacional de los derechos humanos, en las que se propone una ponderación de los derechos y normas en juego en las que se hace primar el interés superior del niño/a involucrado y su derecho a vivir con su progenitor/a. Se sopesa el derecho a vivir en familia y los vínculos afectivos y económicos que existen entre el niño, niña y/o adolescente y la persona a quien se pretende expulsar.

En determinados casos, se puede lograr un contacto con el grupo familiar afectado y conocer la vida y dinámica cotidiana familiar de manera más detallada para acercar al expediente información que debería ser tenida en cuenta para la resolución del caso. Por ejemplo, se puede ahondar en la relación afectiva entre la persona menor de edad y el adulto involucrado, las particularidades de ese vínculo, las actividades de la vida cotidiana que realizan conjuntamente, etc. También, en la mayoría de los casos, se puede hacer foco en el aporte económico de la persona que se pretende expulsar para cubrir las necesidades básicas del grupo familiar.

En algunos otros casos, la expulsión del adulto puede representar la posibilidad de que el niño o niña afectado quede sin un adulto referente o responsable que lo proteja y continúe ejerciendo la responsabilidad parental. En estos casos de extrema gravedad, deviene muy relevante el rol que la Defensoría de Menores pueda jugar. Es importante que esta circunstancia sea especialmente señalada y que se so-

pese en cada una de las argumentaciones jurídicas que se realicen. También en estos casos se suele analizar las consecuencias que podría acarrear el traslado del niño/a conjuntamente con su madre o padre al país extranjero al que este será expulsado. Se trabaja sobre la afectación de los derechos de ese niño o niña y el desarraigo que podría sufrir si es separado de lo que constituye su centro de vida. Para ello, será necesario ahondar e introducir en el expediente judicial información relativa a su escolaridad, actividades extracurriculares, sus vínculos sociales más allá de los familiares, entre otras cuestiones.

En algún caso en particular, el niño o niña involucrados puede presentar alguna enfermedad o ser una persona con discapacidad que se encuentre sometido a algún tipo de tratamiento o atención médica o interdisciplinaria que pueda verse afectada si su madre o padre es expulsado/a. En estos casos deberá asegurarse que esta información se presente en el expediente para que pueda ser utilizado para persuadir al órgano decisor al momento de analizar la dispensa solicitada.

Existen diferentes formas de trabajar cada caso para producir ese material probatorio relevante. Por lo general, se intenta tomar contacto, cuando ello resulta posible, con la madre o padre del niño/a para conocer la situación en la que se encuentra ese grupo familiar. En aquellos casos en los que están en juego los derechos de un/a adolescente y se constata que está al tanto de la posible expulsión, se explora la posibilidad de mantener una entrevista en la sede de la Defensoría. Por lo general, se hace constar en un acta las manifestaciones realizadas para luego aportarlas al caso judicial. Esta es una forma de hacer valer el derecho a ser oído del niño, niña o adolescente involucrado, ya que en la mayoría de los casos los tribunales no celebran audiencias con la participación de personas menores de edad. Además, en muchas ocasiones es el niño/a o adolescente o su progenitor/a, quienes prefieren no acudir a una audiencia formal ante el órgano jurisdiccional y priorizan una entrevista realizada en un espacio más cálido y cuidado como el que se intenta garantizar desde la Defensoría de Menores.

En el caso de que se trate de una niña o un niño de muy corta edad, o que siendo adolescente no está al tanto del proceso de expulsión, se intenta tomar contacto directo y realizar un encuentro personal, telefónico o por videollamada con algún adulto que conozca la situación y dinámica de ese grupo familiar, que en la mayoría de los casos se trata de la mamá del niño/a. Otras veces, por ejemplo, en casos de hogares monoparentales, puede darse que un/a abuelo/a u otro familiar o vecino/a, que colabore con la dinámica de ese grupo familiar, pueda constituirse en una fuente de información trascendente para conocer y aportar particularidades de la vida cotidiana y organización de ese grupo familiar afectado.

Ya desde el contacto inicial se intenta recolectar documentación que pueda resultar útil: constancias de escolaridad, informes médicos, historias clínicas, constancias de actividades extracurriculares, etc. También, en ciertas ocasiones, se solicita este tipo de información a través de algún oficio dirigido a algún organismo público.

En algunos casos especiales, en los que se evalúa que un informe social puede introducir información y detallar características especiales de la situación que atraviesa esa niña o niño, se solicita su confección al Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría

General de la Nación. En situaciones especiales, se involucran otras áreas de la Defensoría General de la Nación y el informe se elabora de manera conjunta e interdisciplinaria entre trabajadoras sociales y psicólogas. A veces ocurre, cuando el patrocinio jurídico de la persona adulta es ejercido por la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, que un informe social ya ha sido aportado en algún momento procesal previo a que se dé intervención a la Defensoría de Menores. En esas circunstancias, se utiliza esa información ya aportada para elaborar el dictamen.

Por lo general, a pesar de tratarse de un informe elaborado por un equipo profesional del propio Ministerio Público de la Defensa, las conclusiones a las que se arriba y la información que allí se detalla resultan muy valiosas para los órganos jurisdiccionales y son usados para fundar sus decisiones en aquellos pocos casos en los que revocan la expulsión dictada por la Dirección Nacional de Migraciones por razones de “reunificación familiar”. Por ello, deviene relevante utilizar todas las circunstancias que el caso presenta para argumentar y persuadir a jueces y juezas para que hagan primar el interés superior de las personas menores de edad en cuyo interés participa la Defensoría de Menores en el proceso.

Algunas experiencias

En el caso “Navarro Godoy”¹ la actuación de la Defensoría de Menores, propiciada como excepción por la propia Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, aportó información decisiva para que prime el derecho a la vida familiar de una niña con discapacidad cuyo padre iba a ser expulsado.

Durante el trámite del caso, se documentó la discapacidad que padecía la niña a través del certificado de discapacidad. También se aportó un resumen de su historia clínica, los últimos análisis clínicos que se le habían realizado, así como un certificado médico emitido por su pediatra. Además, se introdujo un acta en la que constaba la entrevista mantenida con su madre en la Defensoría, de donde surgía información sobre la dinámica familiar, las terapias que realizaba la niña y la atención médica periódica que recibía. El informe social introducido sirvió para aseverar que la niña no podría recibir la misma atención médica en caso de tener que irse a vivir a Paraguay. La profesional interviniente advirtió que

el regreso forzado del asistido a Paraguay tendría un especial impacto en su hija menor, quien quedaría expuesta a una situación de desamparo, tanto en términos afectivos, como materiales y habitacionales, que condicionarían además la continuidad de su atención sanitaria y su desarrollo evolutivo.

La Defensoría de Menores hizo hincapié en su dictamen en los derechos que se verían afectados, con especial énfasis en la discapacidad que padecía la niña, y la consideración primordial de su interés superior que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública. También se

¹ CAF, Sala I, “Navarro Godoy, Basilio c// EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM”, del 8/9/2020.

argumentó sobre los diversos estándares en materia de derecho internacional de los derechos humanos que resultaban aplicables a las circunstancias que presentaba el caso.

La Sala I consideró, por mayoría, que las circunstancias especiales del caso requerían que deba examinarse la controversia teniendo especialmente en cuenta el interés superior de la niña involucrada. Para adoptar su decisión, destacó algunas de las manifestaciones realizadas por su madre que habían sido aportadas por la Defensoría de Menores, especialmente aquellas donde surgía que de confirmarse la expulsión del padre, el núcleo familiar perdería la cobertura de salud dada por la afiliación a una obra social en razón del trabajo en relación de dependencia del padre. Además, se reseñaron aquellas manifestaciones en las que la madre aseveraba que ella no podía trabajar y sostener económicamente al grupo familiar dada la alta demanda que le requerían las tareas de cuidado de la niña.

Finalmente, por mayoría, la Sala I decidió que la Dirección Nacional de Migraciones no se había expedido sobre el grado de afectación y vulnerabilidad que la medida podría provocar en la niña. Concretamente sostuvo que: “En efecto, no ha tenido en cuenta: a) la corta edad y los problemas de salud de la niña; y b) que el padre es su único sostén económico y que gracias a su trabajo ella tiene hogar y obra social”. Por ello, decidió revocar la sentencia de primera instancia y remitir el expediente a la Dirección Nacional de Migraciones a fin de que adopte una nueva decisión de acuerdo con los lineamientos dispuestos en la resolución judicial.

Nótese que a pesar de encontrarse en juego el derecho de otros niños, también hijos del migrante, el análisis y la decisión de fondo se basó en la situación de discapacidad y los requerimientos médicos que la expulsión del migrante le ocasionaría a la niña con discapacidad.

Recientemente, esta decisión quedó firme a partir del fallo de la Corte Suprema² que por mayoría rechazó el recurso extraordinario interpuesto por la Dirección Nacional de Migraciones. La Corte sostuvo que el recurso interpuesto “no rebate todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia apelada”. Por su parte, el juez Rosenkrantz decidió que el recurso interpuesto resultaba inadmisibles (art. 280 CPCCN).

Otro ejemplo del trabajo de las defensorías de menores lo constituye “Fernández Barreto”.³ En este caso se revisó la expulsión de un migrante, padre de 5 niñas argentinas, una de ellas portadora de HIV. Quedó plasmado en el expediente a través de un informe social aportado por la Comisión del Migrante, que ejercía el patrocinio del adulto, que las niñas dependían afectiva y económicamente de su padre ya que la madre había sido excluida del hogar por haberse dispuesto una prohibición de acercamiento. La Sala V entendió que la Dirección Nacional de Migraciones había utilizado fórmulas genéricas y abstractas para denegar el pedido de dispensa por razones familiares realizado por el migrante. Haciendo lugar a lo petitionado por la defensa técnica y la Defensoría de Menores, consideró que la Dirección Nacional de Migraciones debió haber examinado las particularidades que presentaba el caso y analizado el grado de

2 CSJN, “Navarro Godoy, Basilio c/ EN - M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM”, del 27/9/22.

3 CAF, Sala V, “Fernandez Barreto, Carlos Fredy y otro c/ EN - M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM”, del 27/8/19.

afectación al interés superior de las niñas y adolescentes afectadas por la medida expulsiva. Hizo especial hincapié en que tanto el migrante como una de sus hijas requerían atención médica periódica que estaban recibiendo en el Hospital Público Luciano y Mariano de la Vega.

La exclusión de las Defensorías de Menores del proceso

En el caso “Chavez Ruiz”⁴ la Sala IV decidió que había sido mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la Defensoría de Menores contra la sentencia que había confirmado la orden de expulsión del migrante, padre de las niñas por las que había asumido la intervención en los términos del artículo 103 del CCyCN.

Entre los argumentos que brindó dispuso que la circunstancia de que el migrante “tuviese hijas menores no basta para concluir que era obligatoria la intervención del Defensor Público de Menores en los términos del art. 103 CCyCN, toda vez que aquellas no revestían per se la condición de partes del proceso”. Además, sostuvo que

el marco normativo aplicable al caso (ley 25.871) no prevé la participación necesaria de los hijos menores del interesado ni que posean una pretensión autónoma para oponerse a la validez del acto que declara irregular la permanencia de su padre y ordena su expulsión.

Asimismo, agregó que

los intereses de las menores se ven amparados en el derecho de reunificación familiar consagrado a todo migrante (arts. 3º, inc. 3º, 10 y 29 de la ley 25.871) que, en el caso, fue oportunamente alegado por el Defensor Público Oficial y tratado por la a quo.

Y reafirmó que

los intereses de las menores, que no son parte, se encuentran resguardados por la actuación de su progenitor, representado por el Defensor Público Oficial. Máxime, cuando no ha sido alegado que tuviesen pretensiones diferentes o contrapuestas a las del demandante.

4 CAF, Sala IV, “Chavez Ruiz, Digmar Felix c/ EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM”, resoluciones del 1/12/16 y del 27/6/17.

Esta resolución de la Sala IV, comenzó a replicarse en el resto de las salas que conforman la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con excepción de la Sala V, y en varios de los juzgados de primera instancia.

La Sala I en la causa “Lara Chiquillan”⁵ indicó que “en el marco de las normas aplicables, los menores no revisten per se la condición de parte autónoma y sus intereses, en el caso, se hallan suficientemente tutelados”.

En igual sentido se expidió la Sala II. Así, por ejemplo, en un caso reciente, “Bogado Brizuela”,⁶ continuó con la postura adoptada en el año 2017 en el caso “Vallejos Orellana”⁷ y sostuvo que la circunstancia de que el actor tuviese hijos menores de edad

no bastaba para reconocerle a éstos la condición de parte del proceso, máxime, cuando no se ha argüido y menos aún acreditado, que tuviesen pretensiones diferentes o contrapuestas a las del demandante -que justificase la intervención particular e independiente de su representante-, razón por la cual, no corresponde reconocerle legitimación procesal ni sustancial para recurrir la sentencia de grado.

También la Sala III adoptó el mismo temperamento. Así, puede mencionarse el caso “Chaure Hipólito”⁸ en el que, reafirmando su postura previa, dispuso que

en reiteradas oportunidades se ha puesto de resalto que la circunstancia que el migrante tuviese hijos menores (en el caso, una hija y cinco nietos) no basta para concluir que resultara obligatoria la intervención del Defensor Público de Menores e Incapaces en los términos del artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que éstos no revisten per se la condición de parte del proceso.

Al igual que lo decidido por la Sala IV en “Chavez Ruiz” destacó que

el marco normativo aplicable al caso (Ley N° 25.871) no prevé la participación necesaria de los hijos menores del interesado, ni que aquéllos posean una pretensión autónoma para oponerse a la validez del acto que declara irregular la permanencia de su padre y ordena su expulsión. Ello es así porque los intereses

5 CAF, Sala I, “Lara Chiquillan, Yessica Milagro c/ EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM”, del 23/8/18.

6 CAF, Sala II, “Bogado Brizuela, Justo Pastor c/ EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM”, del 29/12/2020.

7 CAF, Sala II, “Vallejos Orellana, Juanito c/ E.N-M Interior - DNM - Resol. 256/12 - Expte. 219333/09 y otro s/ Recurso directo DNM”, del 2/11/2017.

8 CAF, Sala III, “Chaure Hipólito, Víctor Hugo c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM s/ Recurso Directo DNM”, del 16/12/20.

de los menores se ven amparados en el derecho de reunificación familiar consagrado al migrante en la Ley N° 25.871, que ha sido invocado por el Defensor Público Oficial.

En una postura solitaria, la Sala V promueve la intervención de las defensorías de menores y les da intervención en esa instancia en aquellos casos en los que los tribunales inferiores la han omitido. Asimismo, da trámite a aquellos recursos de apelación que han sido interpuestos por las defensorías de menores sin cuestionar su legitimación procesal para hacerlo.

En algunas oportunidades consideradas excepcionales, la Sala I ha decidido dejar de lado su postura restrictiva y dar intervención a la Defensoría de Menores durante el trámite del proceso en Cámara. Así, en el ya tratado caso “Navarro Godoy”, por mayoría, decidió que ante la especial situación que se presentaba, que involucraba los derechos de una niña con discapacidad, se debía remitir el expediente a la Defensoría de Menores en los términos del artículo 103, inciso a del CCyCN. Expresamente la Sala I manifestó:

Que las particulares circunstancias del caso involucran cuestiones que atañen, indudablemente, a la tutela de personas menores de edad —una de las cuales sufre una discapacidad— que podrían resultar afectadas por la sentencia que debe dictar este tribunal en el recurso judicial directo promovido por su padre. Por tanto, con carácter previo a resolver, en uso de las facultades conferidas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el tribunal, por mayoría, RESUELVE: remitir las presentes actuaciones en vista a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, por el término de cinco días, en los términos del artículo 103, inciso “a”, del Código Civil y Comercial de la Nación, a los efectos que estime corresponder.

Ante la vista concedida, la Defensoría de Menores optó por notificarse de la sentencia adversa de primera instancia e interponer un recurso de apelación. Asimismo, en dicha instancia introdujo información y documentación relevante para el caso. En la decisión del fondo se hizo lugar al recurso de apelación interpuesto y se revocó la sentencia impugnada.

Este caso constituyó una excepción en el que la Sala I se apartó de su postura restrictiva y le otorgó a la Defensoría de Menores legitimación no solo para dictaminar, sino también para participar con calidad de parte en el proceso y recurrir la decisión de primera instancia.

Como se observa, la postura mayoritaria considera que las defensorías de menores no deben intervenir en este tipo de procesos, pues los intereses de los niños, niñas y adolescentes pueden ser resguardados a través de las peticiones que realice en el proceso el migrante con orden de expulsión. No se avizora que las defensorías de menores, desde la óptica de la persona menor de edad y haciendo énfasis en su interés superior, puedan participar en el proceso para introducir información y argumentos relevantes al momento de ponderar los derechos en juego y adoptar una decisión judicial.

En algunas ocasiones, se reconoce la participación de las defensorías de menores para emitir un dictamen, pero su actuación se limita a eso, sin reconocérsele facultades para impugnar decisiones.

En otras muy escasas oportunidades, como ocurrió en “Navarro Godoy”, se da intervención a la Defensoría de Menores con amplias facultades procesales cuando la propia Cámara evalúa las circunstancias del caso y lo considera pertinente.

Hasta el momento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha expedido sobre este asunto en particular. Ha dictado varios fallos declarando inadmisibles (art. 280 CPPCN) los recursos extraordinarios en los que las defensorías de menores se agraviaban por su falta de intervención en el caso o la imposibilidad de recurrir las decisiones. Además, tiene aún varios recursos de queja pendientes de resolución.

Sin embargo, debe destacarse que en todos los casos, cuando la CSJN debe resolver un caso que involucra los derechos de una persona migrante que tiene hijos y/o hijas, le otorga una vista a la defensora general de la nación, en su calidad de defensora de menores ante la Corte Suprema, para que emita un dictamen previo a adoptar su decisión. Así, aun sin resolver un recurso en el que se presente un agravio específico sobre el tema, debe destacarse que la Corte sienta postura al establecer que la participación de la Defensoría de Menores debe estar asegurada como acto previo a su adopción de una decisión en el caso.

En un reciente caso, “Bianchi Fabre”,⁹ en el que se planteó como agravio federal la falta de participación de la Defensoría de Menores a lo largo del proceso, se declaró inadmisibile el recurso extraordinario. Sin embargo, el juez Rosenkrantz emitió un muy breve voto por separado. En apenas unas líneas destacó que

no puede obviarse que en forma previa a resolver esta Corte ha dado intervención a la Defensoría General de la Nación y que el señor Defensor General adjunto asumió la representación de las menores (ver providencia de fs. 31 y presentación digital del 15 de septiembre de 2020). Y por ello concluyó que “...los agravios que se plantean en el recurso extraordinario cuya denegatoria da lugar a la presente queja, por el momento, resultan insustanciales (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Debe destacarse que Rosenkrantz sostuvo que los agravios federales planteados, uno de los cuales era la falta de participación de la Defensoría de Menores, resultaban insustanciales. Por su parte, la mayoría no se expidió en ningún sentido respecto a ellos, sino que simplemente declaró inadmisibile el recurso extraordinario. Entiendo que el voto separado de este ministro deja entrever su postura sobre el tema, ya que pone de resalto que la participación de la Defensoría de Menores se ha asegurado

⁹ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en Bianchi Fabre, César Enrique c/ EN- M Interior OP y V-DNM s/recurso directo DNM”, del 3/3/22.

durante el trámite del caso en la Corte Suprema. Ello, sumado a considerar insustancial el agravio a este tema referido, podría permitir arribar a la conclusión de que cualquier omisión en las instancias previas ha quedado saneada con la emisión de un dictamen en esa instancia en los términos del artículo 103 CCyCN.

Una primera conclusión a partir del análisis de todas las resoluciones judiciales hasta aquí referidas permite aseverar que aun aquellas posturas extremadamente restrictivas –que impiden la participación, aunque sea solo para emitir un dictamen– ceden cuando el órgano jurisdiccional advierte alguna circunstancia especial del caso y considera necesaria la intervención del Ministerio Público en los términos del artículo 103 CCyCN. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que queda a criterio del órgano jurisdiccional cuáles casos son “especiales” y se sujeta el sistema de protección creado legalmente para resguardar judicialmente a las personas menores de edad al arbitrio judicial, a pesar de que el artículo 103 del CCyCN especifica que la actuación complementaria debe darse en *todos* los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad.

Esta falta de mirada desde la óptica de los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados queda más evidenciada cuando el patrocinio o representación de la persona adulta no es ejercido por la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, ya que son muchos los casos en los que las dispensas por razones de unificación familiar no son solicitadas, o no se encuentran bien fundamentadas.

Tal vez, una discusión más sensata podría restringirse al alcance que la actuación complementaria de las defensorías de menores puede tener en este tipo de casos en los que el niño, niña o adolescente no es técnicamente parte en el proceso, pero, sin lugar a dudas, la decisión judicial que se adopte podría acarrear consecuencias graves en el goce de uno de sus derechos fundamentales, el de vivir y crecer en familia.

Las diferentes posturas hasta aquí estudiadas dejan algunos interrogantes. Entre ellos, pueden señalarse: ¿alcanza la intervención en el proceso del padre o de la madre para asegurar que el derecho a la vida familiar del niño o niña sea contemplado al adoptar una decisión judicial?; ¿la aplicación en el caso concreto del principio del interés superior del niño implica la necesaria intervención de las defensorías de menores? En caso de que así sea, ¿con qué alcance?; ¿la omisión de dar vista a las defensorías de menores en casos en que la decisión judicial puede acarrear un cercenamiento a un derecho fundamental de una persona menor de edad, respeta el sistema que traza el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 103 CCyCN?

Más allá de las posturas personales que se pudieran adoptar, la jurisprudencia actual no es clara en dar respuestas coincidentes a estas cuestiones. Por el momento, la Corte Suprema no se ha expedido sobre el tema. Sin embargo, ha otorgado vista a la Defensoría de Menores en esa instancia para que asuma la intervención y emita su dictamen en todos los casos en los que existen hijos y/o hijas de migrantes que pueden verse afectados por la decisión que debe adoptar.

Los últimos fallos de la CSJN sobre dispensas en casos de expulsiones a migrantes

En el último tiempo, varios fallos de la Corte Suprema analizaron la situación de las personas migrantes y sus familias en casos en los que se discutía la razonabilidad de las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones al analizar las dispensas solicitadas. En casi la totalidad de los casos, fueron sentencias en las que la Corte acompañó las decisiones denegatorias adoptadas por la Administración, ya sea porque adoptó un fallo en ese sentido o porque declaró inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos por el/la migrante en los términos del artículo 280 CPCCN.

En el año 2020 falló en “Barrios Rojas”,¹⁰ el caso de una migrante que solicitó que se revise judicialmente el rechazo de su pedido de dispensa para garantizar el derecho a la protección de su vida familiar. La DNM lo había denegado fundado en la pena que se le había impuesto y la naturaleza del delito por el que había sido condenada. La Sala V había decidido reenviar el caso a sede administrativa para que se adoptara una nueva decisión, ya que consideró que la denegación de la dispensa resultaba irrazonable. Señaló que debió haberse sopesado que la actora tenía un grupo familiar en el país que incluía a su esposo, padres, hijos mayores, sobrinos y nietos.

El caso llegó a la CSJN por un recurso extraordinario interpuesto por la DNM. La Corte Suprema revocó la decisión. Entendió que la Cámara había realizado una indebida sustitución de las facultades que la Ley N° 25871 le atribuye a la Administración e ingresó en su núcleo de discrecionalidad cuyo único límite está dado por la prohibición de adoptar criterios discriminatorios (art. 3, inc. f. de la ley), circunstancia que no había sido alegada en la causa.

Así, entendió que no puede sostenerse que

la mera existencia de un grupo familiar en el país y la alegada reinserción de la actora en la sociedad resulte suficiente para dejar sin efecto la orden de expulsión fundada en alguna de las causales previstas en el artículo 29 de la ley 25.871.

En su voto, Maqueda y Lorenzetti sostuvieron que las razones de reunificación familiar establecidas en el artículo 29 *in fine* deben ser interpretadas con criterio restrictivo (conf. considerando 10^o) y que la Sala V había omitido expedirse sobre el modo en que podría considerarse afectado el derecho a la protección de la vida familiar, más allá de la mera perturbación de los lazos afectivos normales. Señalaron que no se analizó la situación del grupo familiar en particular ni cuál sería el grado de desamparo en que quedaría la madre y el cónyuge de la migrante como consecuencia del acto de expulsión.

Por su parte, Rosatti sostuvo que el derecho a la reunificación familiar no es un derecho absoluto, que la obtención de la dispensa es excepcional y, por ende, de procedencia restrictiva. Por esas razones

¹⁰ CSJN, Fallos 343:990.

solo pueden revocarse las decisiones administrativas que resulten irrazonables o impliquen un trato discriminatorio. Anticipando la posibilidad de arribar a una conclusión diferente en un caso en el que se encontraran en juego derechos de personas menores de edad, destacó que “la reunificación familiar invocada no incluye prioritariamente a menores de edad sino a personas adultas, por lo que no resulta aplicable de modo decisivo en autos la noción de interés superior del niño”.

Tiempo después, a fines del año 2021, la Corte falló en “Otoya Piedra”.¹¹ El pedido de dispensa efectuado por el migrante tampoco involucraba a personas menores de edad, ya que sus hijos habían alcanzado la mayoría de edad al momento en que el caso se judicializó. La Corte reiteró su doctrina de “Barrios Rojas” y entendió que la Administración había hecho uso de sus facultades discrecionales para rechazar el pedido de dispensa sobre la base de la entidad y gravedad del delito por el que el migrante había sido condenado. Consideró que la decisión había sido adoptada dentro del ámbito de valoración que la ley atribuye a la autoridad de aplicación, que se encontraba fundada y no se había constatado una injerencia arbitraria en las relaciones de familia o la adopción de criterios discriminatorios.

En un muy reciente caso, “C.G. A.”,¹² la Corte Suprema resolvió a favor del derecho de los hijos de la migrante a vivir y crecer junto a ella. La Corte decidió revocar la sentencia de Cámara que había confirmado la expulsión del país con prohibición de reingreso permanente de la Sra. Condori. Si bien el caso había devenido abstracto ya que la migrante había obtenido la residencia temporaria por “razones humanitarias o de reagrupación familiar”, la mayoría de la CSJN decidió resolver sobre el fondo. Consideró importante asentar su postura frente a la posibilidad de que en el futuro se presentasen otras causas similares.

Se trató de un caso muy especial en que el grupo familiar involucrado presentaba una situación de vulnerabilidad extrema, ya que frente a la expulsión de la actora existía un riesgo cierto de que sus hijos quedaran en una situación de desamparo.

A pesar de la situación de extrema vulnerabilidad que enfrentaban los niños involucrados, la CSJN no se expidió en concreto sobre la participación de las defensorías de menores en este tipo de procesos. Su falta de intervención había sido señalada en el recurso extraordinario que se estaba tratando como un agravio federal que afectaba al interés superior de los niños. Sin embargo, como ya fuera señalado, también en este caso, previo a decidir, la CSJN dio vista al defensor general adjunto ante la Corte Suprema para que dictaminara.

La Corte decidió revocar el fallo que había confirmado la orden de expulsión de la migrante. Para arribar a esa conclusión resultó determinante el contenido de un informe socioambiental elaborado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación, que había sido aportado por la actora durante el trámite del expediente judicial y utilizado para fundar su recurso extraordinario federal. Del informe surgía que la actora había sido víctima de violencia de género, que se encontraba sola a cargo del cuidado de sus hijos, que

¹¹ CSJN, *Fallos* 344:3600.

¹² CSJN, “C.G.A. c/ EN -DNM s/recurso directo DNM”, del 6/9/22.

padecía una situación de carencia de recursos económicos y que el grupo familiar se alimentaba en un comedor comunitario.

En el caso la Corte ponderó que “la migrante ha invocado y acreditado de manera fehaciente el altísimo grado de dependencia de sus hijos menores de edad para su subsistencia y el desarrollo tanto en el plano psicológico y emocional, como económico”.

La CSJN también sopesó la situación de desamparo en la que quedarían tres de sus hijos si la mujer, cuidadora primaria y proveedora de lo necesario para la subsistencia y desarrollo de los niños, debiera abandonar el país. Además, analizó como especialmente gravosa la situación de los niños en el caso de que debieran abandonar el país para no separarse de su madre. En este punto la Corte tuvo especialmente en cuenta que en su actual centro de vida reciben contención y asistencia fundamentales para su desarrollo integral, que tienen una vivienda digna y están regularmente escolarizados, que participan de un programa de apoyo escolar y que su madre les garantiza sus necesidades alimentarias a través de un comedor comunitario.

Finalmente concluyó que “el cumplimiento de la orden de expulsión de la actora del territorio nacional, con prohibición de reingreso permanente, representa un riesgo cierto y concreto de que sus hijos menores de edad queden en situación de desamparo”.

Resulta relevante destacar que en su razonamiento la Corte señaló que en aquellos casos en los que se encuentra involucrado el interés superior del niño en materia migratoria, *la naturaleza de los derechos en juego excede el interés de cada parte, y pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección.*

Si bien no se ahondó en esta línea de pensamiento, entiendo que podría avanzarse en ese sentido y, tal vez en un futuro caso, analizarse si ese interés superior del niño que se encuentra por encima del interés de cada parte debe ser ejercido por el órgano estatal encargado de hacer valer judicialmente los intereses y derechos de las personas menores de edad: las defensorías públicas de menores.

Por último, puede mencionarse el reciente caso “Qiu”.¹³ Retomando los criterios de los casos fallados previamente, se dejó asentado que en tanto el otorgamiento de la dispensa por razones familiares constituye una facultad discrecional de la Administración de carácter excepcional y restrictivo, para que pueda ser revisada judicialmente, la persona migrante debió haberla solicitado de manera expresa y fundada ante la autoridad migratoria.

Algunas reflexiones

La jurisprudencia reciente no ha definido con certeza y de manera uniforme en qué casos corresponde la intervención de las defensorías de menores en los casos en que se solicita la revisión de la orden

13 CSJN, “Qiu, Wenzhan c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ impugnación de acto administrativo”, del 20/9/22.

de expulsión de una persona migrante que reside en el país con sus hijos e hijas menores de edad. También está pendiente una definición sobre los alcances de esa intervención. Si bien la CSJN no se ha expedido en concreto sobre este asunto, sí ha dado intervención a la Defensoría de Menores en el trámite en su instancia, lo que no sucede en las etapas previas.

Los últimos casos de la Corte Suprema sobre la materia permiten afirmar que solo serán revisadas judicialmente aquellas dispensas por razones familiares que hayan sido solicitadas de manera expresa y fundada a la DNM. En aquellos casos en los que se produzca la revisión judicial, deberá demostrarse de manera concreta el perjuicio que la expulsión de la persona migrante podría ocasionar en los derechos de los niñas, niñas y adolescentes integrantes de su grupo familiar. El mero vínculo de parentesco no resultará suficiente, sino que se requerirá que en el caso se demuestre la existencia de un riesgo cierto de desamparo que afecte a las personas menores de edad. Estas particulares circunstancias serán evaluadas desde la óptica que la Convención de los Derechos del Niño impone, el principio del interés superior del niño, niña o adolescente.

Cómo se gestó *Palabras del derecho*

Conversaciones con Ignacio López



Martín Cormick

Ignacio López es abogado (UNLP) y, si bien no terminó la carrera, ejerce el oficio de periodista en el sitio que conduce, *Palabras del derecho* <https://www.palabrasdelderecho.com.ar/>, un sitio de, principalmente, noticias jurisprudenciales, que es valorado y consultado en general tanto por particulares interesados como por las secciones de medios que se ocupan del tema.

Nos cuenta que “promediando el secundario, como muchos jóvenes, tenía inquietudes en qué era lo que efectivamente me gustaba. Tenía mis dudas. Sabía que me gustaba mucho la cuestión político-institucional del país, leía libros, historia, y el debate político era algo presente en mi casa. Pero no me terminaba de decidir qué era lo que me gustaba. Entonces me incliné por un curso de orientación vocacional de la Universidad Nacional de La Plata –que claramente ante dudas, a la edad de 17 años, en el año 2003, te ayuda a resolver esas dudas–”.

Esa Universidad en la que Ignacio entró –además de ser en un año bisagra de la reciente historia democrática–, era una Universidad de La Plata que “tenía una singularidad en aquel entonces. Era distinto. Y era que era una facultad tan, pero tan multitudinaria, que no se podía cursar. Entonces, había que rendir libre las materias. Y esto era un desafío colosal para aquella época. Porque yo era un joven que, como todo joven, le gustaba estar con amigos, estar en el barrio, etc. Pero enfrentarte a la facultad, a materias largas, estudiando en tu casa. Pero eso no funcionaba. Vos te anotabas y te decían, vení el 10 de junio a rendir un examen libre. Correcto. Era terrible”. “Hoy –razona– felizmente, la Facultad de la Universidad Nacional de La Plata ha crecido muchísimo. Y hoy por hoy se garantiza a

los ingresantes poder cursar. Y esto por supuesto que es muy bueno. Porque, para ser joven, ingresar a la facultad y que la facultad pase a ser tu diaria, ir a las aulas, ver compañeros, vincularse es muy distinto que aquel entonces, donde uno tenía que estudiar en tu casa, con libros, solo, y presentarte a una mesa de examen con señores de traje o señoras formales que te evaluaban”. Y si bien dudó en estudiar Ciencias Políticas, al no estar esa carrera en la universidad pública en La Plata, y con la siempre reticencia a viajar a Buenos Aires, eligió dejar pasar ese tren.

A la hora de pensar en dónde empieza a surgir la idea de *Palabras del derecho*, piensa que mientras avanzaba en la carrera de Derecho “me nace otra semillita que es la idea de estudiar Periodismo, posibilidad que también la daba la Universidad Nacional de La Plata”. Es ahí donde “nació en mí una formación comunicacional y que me hizo ver que en el Derecho, que es una carrera fantástica y que nos da un montón de posibilidades, pero que también tenía algunos vicios. Entre ellos, un lenguaje muy críptico, un diálogo un poco cerrado entre las personas. Y dije, acá hay algo por hacer. Hay que ver cómo comunicar el derecho. Pero no hice nada hasta tanto me recibí de abogado, donde sigo estudiando periodismo por un tiempo, sin llegar a recibirme, pero avancé bastante. Hasta que concursé un cargo docente en Derecho y no me dio para ser docente y alumno al mismo tiempo”.

Y ahí, con esa combinación de carreras, nace la idea del blog *Palabras del derecho* en 2011. Al principio, nos cuenta, la idea “era escribir reflexiones, ideas, como artículos jurídicos, pero más livianos, siempre con la premisa de que el derecho no sea ese lenguaje extraño e inentendible. La idea de compartir el derecho, de poder hablar de derecho sin protocolos, y destinado a todo público, tengan o no formación jurídica”. De hecho, el prime posteo fue un posteo celebratorio de la creación de InfoJus, celebrando un portal público de la difusión del derecho, de acceso libre.

Luego *Palabras del derecho* se transforma. “A aquel blog lo leían familiares, amigos, pero me di cuenta que había que potenciarlo. Y el cambio se da cuando llegan los posteos sobre difusión de noticias jurídicas. Ahí es donde *Palabras* toma el perfil que ya hoy se conoce: un espacio dedicado a la difusión del día a día del derecho, fundamentalmente la jurisprudencia. Buscando con un lenguaje coloquial lo que los jueces resuelven. Y lo que era un proyecto unipersonal fue necesitando armar un equipo de abogados y abogadas, que hoy conforman un equipo”. “Obviamente, hay que mirar el Boletín Oficial todos los días, seguir los juicios, implica un esfuerzo”.

Al pensar en qué momento grato le dio *Palabras*, sostiene que “Me ha dado muchísimas satisfacciones, entre ellas, constituir un equipo de trabajo que se identificara con esto, con este propósito de dedicarse a la difusión de la actividad de los tribunales, y por amor a la camiseta, sin ver un peso, y ya van 12 años”. Luego “articular con distintos actores de la vida institucional de la Argentina, con gente con roles importantes, tener un diálogo fluido, quizás común para los periodistas, pero no para un abogado platense como yo...”. Y la que puso a *Palabras* en otro lugar fue “...una columna que escribió en su momento el profesor Ferreira, que fue levantada por la Corte de la Nación. En el famoso fallo que revierte el 2 x 1. Cuando la Corte hace mérito de que se había generado mucha reacción doctrinaria a su fallo. Entonces la Corte elige citar varios textos, y entre los textos que cita, cita medios tradicionales

jurídicos como *La ley*, *El Derecho*, pero además elige citar a partir de ahí a ciertos blogs, a ciertos espacios digitales, entre ellos a nosotros”.

Además, siente un total reconocimiento del periodismo que cubre temas judiciales, y entiende que eso se da porque “lo que *Palabras* tiene como sello, como símbolo distintivo, es que nosotros contamos qué se decide en un caso, y siempre enlazamos la sentencia propiamente dicha. Entonces, a los periodistas, además de que les sirve nuestra propia cobertura, les sirve contar rápido con el insumo, y es lo que nosotros hacemos: tenemos un rol como de agencia de noticias, y además subimos la información rápidamente.

Y, además, “...tenemos un conocimiento, por ejemplo, sobre temas de derecho administrativo, por nuestra profesión, nuestro rol docente, y nuestra atención a un fuero como el Contencioso Administrativo, que mucho tiempo estuvo relegado, pero tenía un rol importante en la agenda pública, y nosotros lo mirábamos e informábamos, muchas veces primero”.

Yendo a las expectativas del futuro de *Palabras*, con la idea de no estancarse, pensando cómo la tecnología y los medios de comunicación se han ido transformando, y si bien *Palabras* fue vanguardia en cómo analizar el derecho por medios digitales, “...pero hoy los medios digitales han ido varios pasos más allá, entonces, lo que queremos como nuevo desafío, y estamos trabajando en ello, es fortalecer la pata audiovisual de *Palabras*, en estudio de cómo se trabajan los *streams*, para conversaciones, entrevistas, y creemos que ahí hay un fuerte que tenemos que empezar a ocupar. Algo ya hicimos con los fallos comentados en un minuto, entonces es por ahí, por lo audiovisual”.

Desde acá se espera con ansias el nuevo formato.

Raphael Lemkin y el acto de nominar al mal en la modernidad

Reseña del capítulo IX:
Genocidio, del libro *El dominio del Eje sobre la Europa ocupada*



Gonzalo Gastón Semeria

El mal, no me canso de repetirlo, aparece como un acontecimiento que se hace sistema.

Simona Forti (2014, 249)

Introducción

Los dispositivos de hacer morir no nos resultan novedosos, ni mucho menos extraños. Una pasada por la historia de la humanidad daría cuenta de cómo las prácticas de aniquilación del Otro han circulado a lo largo y ancho del espacio y del tiempo. Sin embargo, entre tantas matanzas, los actos perpetrados por los nazis supieron interrumpir en la temporalidad y simbolizar un acontecimiento que –como tal– fue merecedor de un nombre. Esa tarea, la de nominar a este *nuevo* mal, ocupó a Raphael Lemkin (1901-1959).

En momentos en los que la *violencia total* contra el Otro pareciera arreciar, donde las expresiones de odio y otras prácticas de tinte *neofascistas*¹ se vuelven pavorosamente moneda corriente, puede resultar

¹ “El neofascismo contemporáneo podría entenderse, ante todo, como una “fase dura” del neoliberalismo, propio de un período en el cual este último se choca “con dificultades máximas, o donde sus dispositivos se quiebran, o mejor, donde enfrenta la emergencia de fuertes resistencias” [...] a diferencia de las técnicas totalitarias que empleaba el fascismo histórico, utiliza mecanismos flexibles tanto para la transformación autoritaria del Estado como para el salvataje del programa neoliberal. Esta flexibilidad –que se corrobora tanto en los Estados Unidos como en Europa o en América del Sur– se corresponde con una época en la que

interesante visitar un texto fundante para el mundo democrático como lo es la obra de Lemkin, titulada *El dominio del Eje sobre la Europa ocupada*; trabajo que ilustra los contornos de una distopía realizada cuyos fantasmas, pese a la disolución del régimen nazi, continúan latentes, amenazando con reemerger ante democracias horadadas.

A las sombras de los horrores de la Shoá,² como también de las prácticas genocidas de la última dictadura cívico-militar, en nuestros días el neofascismo se lanza sobre la superestructura jurídico-política

para llevar a cabo un desmontaje acelerado de las tres patas del andamiaje de la Constitución democrática y para construir [...] nuevas formas de cohesión social a partir del discurso del odio hacia un enemigo común externo e interno; así como para conformar un Estado policial penal que reprima duramente las resistencias que puedan surgir como fruto del malestar social ocasionado por la pérdida de derechos, a la vez que genere miedo, para evitar que se reproduzcan (Noguera Fernández, 2019: 99).

Por ello nos resulta particularmente sugerente el trabajo de Lemkin. Quienes lean *El dominio del Eje sobre la Europa ocupada* encontrarán una pieza de arqueología jurídica excepcional que, en su puntillosa recopilación de la legislación nazi, nos permite conceptualizar el modo burocrático de administración de las poblaciones y territorios ocupados/apropiados. Toda una textualidad que le permite dar con la invención del neologismo “genocidio” para significar a un conjunto de prácticas que se diferencian de otros procesos de aniquilación de personas. Es este uno de los aportes teórico-políticos más trascendentes del mundo moderno y que además tiene la genialidad de mostrarnos la politicidad performática del lenguaje y, junto con ello, la angustiante revelación de la cara más ominosa de estos tiempos.

Sabemos que Lemkin, teniendo como antecedente los procesos de aniquilamiento cometidos durante la Primera Guerra Mundial por el Imperio Otomano –contra armenios, griegos y sirios–, intentó frenar el despliegue del dispositivo del terror antes de darle un nombre, antes de que deviniera en los campos de concentración y exterminio. Ya para 1933 propuso a la Conferencia Sobre Derecho Internacional de Madrid la tipificación internacional de dos nuevas figuras, a saber: “los delitos de “barbarie” (destrucción física de individuos debido a la pertenencia a grupos nacionales, religiosos o raciales) y “vandalismo” (los ataques sistemáticos producidos por el Estado a la cultura de tales grupos)” (Feierstein, 2009: 23). Por desgracia sus advertencias no fueron atendidas a tiempo.

la multitud ocupa el centro de la lucha de clases como protagonista de los procesos históricos. El fascismo posmoderno es inseparable de un fenómeno de implosión inmanente de esta misma multitud “en términos de inseguridad económica o ambiental y de miedo al futuro”, de un fuerte repliegue sobre la “defensa de la identidad” (Sztulwark, 2019).

² Forma en la que se refiere al “Holocausto” en hebreo, que puede traducirse “la catástrofe”.

El nombre de la nueva forma del mal

A partir de la conjunción del prefijo griego “genos” y del sufijo latino “cidium”, Lemkin inventó un significante, al que le asignó un significado específico, que se derivaría de la puesta en común de estos afijos, a saber: el aniquilamiento de una tribu o clan –de un colectivo con un lazo común–. Señala Traverso que

Auschwitz introdujo la palabra genocidio en nuestro vocabulario; su singularidad reside, tal vez, en que recién a partir de Auschwitz logramos comprender que un genocidio es, precisamente, el desgarró de ese tejido histórico hecho de una solidaridad primaria subyacente a las relaciones humanas, que permite a los hombres reconocerse como tales, más allá de sus hostilidades, conflictos y guerras (Traverso, 2002: 11).

La irrupción de este signo lingüístico, *genocidio*, desde el análisis del discurso, nos permite notar lo generalmente eludido por las teorías jurídicas tradicionales: la contingencia del derecho –y del lenguaje– en dos dimensiones mutuamente imbricadas. Así, entonces, se desnaturaliza este campo semántico y se pone de manifiesto su condición de acto-de-poder. Asimismo, por mucho que Lemkin –y quienes ofician de albaceas– intenten evitarlo, una vez lanzado al mundo, el signo es espacio para la disputa de sentidos. La intención creadora, si bien opera como resto, es apropiada en una dirección u otra, discusión que se materializa en torno a la frontera de lo incluido y lo excluido de la dignidad de esta figura.

Esta digresión, que puede parecer superflua o ajena a la tarea de presentar la obra de un autor, nos parece nodal, puesto que nos permite actualizar la fuerza de este signo y, a su vez, evita su naturalización. Por ello, insistimos en los efectos de problematizar los signos, es decir, señalar sus tramas en las relaciones de poder. Puesto que por más que nos empeñemos en tecnificar o formalizar el contenido del significante, es decir, de la definición, su efecto performativo opera en el imaginario social –que incluye a los operadores del derecho–. Pues, no es casual que cuando escuchamos o leemos la grafía “genocidio”, el sentido común remita –por más formal y técnica que sea la definición legal o teórica– a un acontecimiento en concreto. Sin duda, esta es una discusión que supera los límites de esta reseña, pero su elusión nos es imposible.

Lemkin, luego de analizar las leyes y modos de ocupación de los nazis, comienza el capítulo IX señalando que las nuevas concepciones –que podemos entender como las prácticas gubernamentales de los nazis– requieren de nuevos términos, dado que los conceptos disponibles hasta entonces resultaban impotentes para simbolizar este proceso. Advierte que los modos de aniquilamiento tipificados –tanto penal como sociológicamente– por la dogmática de su tiempo se caracterizaban por una estructura individual –en los dos extremos de la relación victimario-víctima– y que se fundamentaban o causaban, en sí mismas, en lógicas de expansión y conquista de territorios, siendo los aniquilamientos un efecto de este proceso de acumulación de tierras.

Por ello, dadas las notas distintivas de las prácticas que busca aludir, Lemkin entiende que el genocidio

debiera más bien comprenderse como un plan coordinado de diferentes acciones cuyo objetivo es la destrucción de las bases esenciales de la vida de grupos de ciudadanos, con el propósito de aniquilar a los grupos mismos. Los objetivos de un plan semejante serían la desintegración de las instituciones políticas y sociales, de la cultura, del lenguaje, de los sentimientos de patriotismo, de la religión y de la existencia económica de grupos nacionales y la destrucción de la seguridad, libertad, salud y dignidad personales e incluso de las vidas de los individuos que pertenecen a dichos grupos (Lemkin, 2009: 153).

En efecto, Lemkin plantea que lo característico de esta forma de hacer morir se autonomiza de los individuos como tales, no es un hacer morir anatomopolítico –en términos foucaultiano– sino biopolítico. La eliminación del individuo, en este caso, resulta ajena a su individualidad; al contrario, es causada por su identidad común, por su pertenencia al grupo. Muere porque debe morir el grupo, muere al destruirse –siguiendo a Lemkin– las bases esenciales de la vida del grupo. Por ello, para nuestro autor, el genocidio sería lo opuesto a los modos de hacer la guerra que implícitamente conforman la regulación de La Haya –doctrina Rousseau-Portalís–, en tanto que no sería una guerra contra soberanías y ejércitos, sino contra poblaciones, práctica que para Lemkin –como las guerras de exterminio premodernas– habían quedado en el pasado lejano.³

Otro aspecto novedoso del genocidio, para Lemkin, radica en su extensión más allá del hecho concreto del aniquilamiento. Así, puede afirmar que no sería simplemente la “destrucción inmediata” de un grupo sino un proceso que él entiende “tiene dos etapas: una, la destrucción del patrón nacional del grupo oprimido; la otra, la imposición del patrón nacional del opresor” (Lemkin, 2009: 154). Fenómeno que se diferencia de las prácticas de desnacionalización del pasado atento a que esta no connota, como si lo hace el genocidio, tanto la destrucción de la estructura biológica, como la imposición del patrón nacional del opresor.

Por ello señala que “Hitler preveía el genocidio como un método para cambiar las interrelaciones biológicas en Europa a favor de Alemania. La concepción que Hitler tiene del genocidio no se basa en patrones culturales sino biológicos. Cree que [l]a germanización sólo se puede llevar a cabo con el suelo y nunca con los hombres” (Lemkin, 2009: 156). En este punto, nuevamente, el análisis del autor no avanzó en vincular las prácticas de los nazis con el modelo de ciencia, producción y, en definitiva, de la modernidad.

Pese a no enjuiciar a la razón, pues ello no está en su matriz ideológica, Lemkin sagazmente advirtió cómo la implementación de este plan genocida tuvo en cuenta la particularidad de cada uno de los

³ En este punto Lemkin no rompe con la modernidad y su lógica de la razón, pues señala que “Fue necesario un gran período de evolución de la sociedad civilizada para trazar el camino que va desde las guerras de exterminio, ocurridas en la antigüedad y en el medioevo, hasta la concepción de guerras en esencial limitadas a las actividades contra ejércitos y Estados” (Lemkin, 2009: 155).

Estados ocupados por “el Eje” dependiendo del nivel de consanguinidad de las poblaciones con su “ficción biológica” del pueblo alemán. Seguidamente, en su trabajo descriptivo, desarrolló una tipificación de técnicas genocidas implementadas por los nazis en los diferentes países ocupados, que pueden servir para el análisis del pasado y, a su vez, para pensar todo tiempo presente. Esta tipificación se estructura en campos y objetivos específicos, a saber:

Político: destrucción de las instituciones locales e imposición del patrón alemán. Se crearon comisiones especiales para el fortalecimiento del germanismo, dando privilegios a los habitantes alemanes de los espacios ocupados, para desarmar así la unidad nacional, junto con la imposición de patrones nacionales alemanes.

Social: abolición de las leyes locales y germanización de las prácticas judiciales.

Cultural: prohibición de las lenguas, imposición en los sistemas de educación y de divulgación artística.

Economía: apropiación de propiedad. Disminución del nivel de vida, privándose primeramente a los judíos de los medios esenciales mínimos para el mantenimiento de la vida.

Biológico: especialmente en los países “consanguíneamente” más lejanos del “pueblo alemán” se impulsó la disminución de la tasa de natalidad y la prohibición de matrimonios “mixtos”.

Físico: debilitamiento y/o aniquilamiento de los cuerpos de las personas implementado regímenes de distribución de alimentos que discriminaban las raciones según la nacionalidad, además de la privación de toda atención médica y de los asesinatos masivos.

Religioso: la legislación buscó romper los lazos locales con la religión e imponer la influencia de organizaciones pronazi.

Moral: se propició el quiebre de la identidad moral común de la nación ocupada.

Todas estas técnicas recuperadas por Lemkin fueron aplicadas por los nazis en la Europa ocupada y nos permiten advertir por qué el genocidio es mucho más que un aniquilamiento o un proceso de desnacionalización o de pérdida de nacionalidad. Esta nueva forma de ejercitar el mal tiene un componente biologicista central, que vale recordar, se sostiene sobre presupuestos de un discurso “disciplinario” racista.

Advierte Feierstein que

Lemkin divide los procesos genocidas en tres modalidades: aquellos genocidios que buscan la destrucción total de una nación o grupo [...] aquellos que buscan la destrucción de una cultura [...] y aquellos que buscan la destrucción de ambas (tanto el grupo como su cultura), que Lemkin consideró prototípica del nazismo (Feierstein, 2011: 88).

Sin embargo, desatendió un aspecto que resulta nodal para los estudios actuales sobre el genocidio: cuando el aniquilamiento se produce al interior de una sociedad, sobre una parte constitutiva de esta.

Recapitulando hasta aquí podemos decir que del análisis que Lemkin realiza sobre la legislación nazi se desprende que este modo de aniquilar –el genocida– se caracteriza, entre otras cosas, por la condición específica a la que somete al grupo de las víctimas, la eliminación de la identidad nacional del oprimido y la imposición de la del opresor, sustentado ello en aparentes razones biológicas e históricas que hacen a la condición superior de la germanidad.

Las recomendaciones de Lemkin para el futuro

Frente a las técnicas descriptas y lo inadecuado del marco jurídico internacional vigente, Lemkin exhortó a la llamada “comunidad internacional” y sentó las bases del futuro sistema contra este tipo de prácticas. Para ello parte de señalar que las reglas de La Haya, en su lógica soberanista, no atienden la preservación de los pueblos y de su integridad. Por ello recuerda que

Si el castigo de las prácticas genocidas hubiera formado parte del derecho internacional en esos países desde 1933, no habría necesidad ahora de enviar advertencias a países neutrales para que no brinden refugio a los criminales de guerra [...]. Es necesario tratar el problema del genocidio en su totalidad de manera global; es demasiado importante como para dejarlo para discusiones y soluciones poco sistemáticas en el futuro (Lemkin, 2009: 171).

De allí que su trabajo sea un antecedente nodal para pensar tanto el impulso como el esquema lógico de la actual Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.⁴

En efecto, Lemkin, en los apartados finales del capítulo aquí reseñado, ofreció un recorrido con los pasos a seguir para la consagración del tratado internacional, la incorporación del tipo penal en las legislaciones locales y las disposiciones tendientes a proteger a las minorías de la opresión. Todo ello para evitar la sabida excusa del cumplimiento de órdenes, por medio de la cual los perpetradores de genocidios buscan la impunidad. De aquí la relevancia histórico-política de este trabajo, aspecto que nos permite matizar nuestras objeciones en torno a la elusión de la modernidad-capitalista y el proceso genocida. Aquí nos parece más adecuado seguir los señalamientos de Feierstein en torno a la raíz moderna de este tipo de prácticas.⁵

4 “Artículo 2: En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

5 Para Feierstein el genocidio “constituye una práctica social característica de la modernidad [...] cuyo eje no gira tan sólo en el hecho del aniquilamiento de poblaciones sino en el modo peculiar en que se lleva a cabo,

Lemkin, en este punto, además de insistir en la jurisdicción internacional, dejó las líneas a seguir por la regulación contra este delito señalando que

“la definición de genocidio de las Regulaciones de La Haya así enmendada debería estar formada por dos partes esenciales: en la primera debería incluirse cualquier acción que atente contra la vida, la libertad, la salud, la integridad corporal, la existencia económica y el honor de los habitantes cuando ésta se acometa debido a que dichos habitantes pertenecen a un grupo nacional, religioso o racial; y en la segunda, todas las políticas que buscan la destrucción o el engrandecimiento de uno de esos grupos para perjuicio o en detrimento de otro. Además, no deberíamos pasar por alto el hecho de que el genocidio no es un problema sólo de la guerra, sino también de la paz (Lemkin, 2009: 172).

Este último punto, por el cual se desacopla la relación necesaria entre los procesos de aniquilamiento de grupos y el hecho de una guerra, resulta clave y fundacional para distinguir al genocidio de las formas de aniquilamiento premodernas y de las guerras por límites territoriales. En efecto, este aspecto pone en tensión la doctrina internacional –en torno a la soberanía– sobre los actos cometidos fronteras adentro, hasta entonces ajenos del derecho internacional.

Estratégicamente –y conociendo tanto el ámbito como al público al que dirigió su obra–, Lemkin señaló

Si no se protege a estos grupos de manera adecuada, esa falta de protección produciría disturbios internacionales, en especial bajo la forma de emigraciones desorganizadas del grupo perseguido, que buscaría refugio en otro lugar. De ser ése el caso, todos los países deben preocuparse por dicho problema, no sólo por una cuestión de humanitarismo, sino también por razones prácticas que afectan los intereses de cada nación (Lemkin, 2009: 172).

Aquí la paradoja de proponer el debilitamiento de las tesis soberanistas –a partir de la intromisión en los asuntos internos– como un seguro de la estabilidad de los Estados vecinos –que podrían afectar su normalidad por los efectos expansivos provocados en las poblaciones–.

En definitiva, Lemkin propone la regulación internacional del delito de genocidio como una forma de disuadir a los gobernantes de cometer este tipo de actos apelando a la aparente función de prevención general de la pena. Así pretendió trastocar los contornos del derecho internacional estableciendo reglas de derecho penal. Afirmó que “el genocidio es la negación del derecho de existencia de grupos huma-

en los tipos de legitimación a partir de los cuales logra consenso y obediencia y en las consecuencias que produce no solo en los grupos victimados sino también en los mismos perpetradores y testigos, que ven modificadas sus relaciones sociales a partir de la emergencia de esta práctica” (Feierstein, 2011: 35).

nos, en el mismo sentido que el homicidio es la negación a un individuo de su derecho a la existencia’ (Feierstein, 2011: 39).

A esta historia corta del derecho internacional de los derechos humanos, que tiene como hitos fundantes la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, bien apuntó Zaffaroni, le falta una historia larga que dé cuenta de las prácticas genocidas previas a la significación generada por Auschwitz sobre poblaciones y cuerpos del sur global (con mayores niveles de melanina). Cabe preguntarse por qué los pueblos aniquilados por los Estados europeos, en Nuestramérica y África, no han logrado conmover de igual forma a la ciencia jurídica.⁶

Anudando

Para atender la actualidad de esta obra de Lemkin, escrita durante el apogeo nazi y su ocupación de Europa, resulta interesante captar su potencia performativa. Lemkin, articulando el lenguaje, buscó operar en la realidad. Al nombrar al genocidio no está creando la cámara de gas, la solución final, la ocupación y demás. Al contrario, está resignificando esas prácticas, operando hegemonícamente sobre su sentido. Frente al nazismo, que las significó como germanización, Lemkin se propone lanzarlas, con las herramientas que tiene a mano, como un crimen y como tal –siguiendo las reglas de su mundo– pasible de castigo y sanción. Lemkin resignificó, desde el discurso jurídico, prácticas otrora glorificadas o identificadas como etapas de un proceso de mejoramiento y purificación. Lemkin, con su invención, no creó a los *genocidas*, nos ayudó a identificarlos como *criminales*.

A su vez, su trabajo inauguró un campo de estudio que intenta contener y resistir a procesos que busquen la eliminación de una otredad y la instauración de un régimen social que desintegre lazos comunitarios solidarios y hospitalarios en la diversidad y heterogeneidad. Por ello, resulta importante, ante la circulación de discursos de odio, advertir que

no se mata con facilidad a quien se considera parte de lo propio, pero más sencillo resulta el asesinato o la colaboración con el mismo cuando se ajeniza a la víctima, cuando se la externaliza y, por ello, pueden funcionar más ajustadamente los mecanismos que Zygmunt Bauman calificara como de adiaforización: la indiferencia hacia el otro que produce su extrañeza, una actitud que tiende a conjugarse con la negatización que opera sobre quienes deben desempeñarse como perpetradores directos (Feierstein, 2011: 396).

Suponer que el derecho, por sí solo, como texto, puede impedir el despliegue de prácticas genocidas, de terror, de eliminación del Otro, pareciera una ilusión. Ahora, siendo el derecho un discurso per-

⁶ Ver: Zaffaroni, E. R. (2022). *Colonialismo y derechos humanos*. Buenos Aires: Taurus.

formativo, es decir, que crea/establece la realidad que enuncia, puede advertirse también –paradójicamente– que

Un orden social diseñado a partir de una juridicidad que desconozca, reniegue o deje de lado las violaciones a los derechos humanos condena a sus integrantes a recorrer una y otra vez –lo sepan o no– el camino del horror y de la represión (Ruiz, 2014).

De allí la complejidad a la que nos enfrentamos quienes trabajamos con este discurso, que en todos sus niveles, elude y alude a las formas en las que se articulan las relaciones de poder, en una formación histórico-social determinadas, formas que pueden devenir más o menos violentas, fascistas, democráticas, populares, conservadoras, reaccionarias, entre otras tantas posibles. De modo que, por lo pronto, relegar el campo del derecho –junto con otras estrategias– no pareciera una buena alternativa ante el avance de prácticas que desafían y ponen en tensión las fronteras del orden –de lo incluido y excluido dentro del Estado de derecho–.

Por ello, el texto de Lemkin –con su contexto– son una invitación a que estemos atentos a los modos en que el derecho trama sentido. Así, sin objetivar su obra, tomando nota de sus advertencias, de sus estrategias de lecturas sobre el derecho nazi, quizás podamos desplegar un conjunto de prácticas que desarmen aquellos procesos de violencia total que amenazan la estabilidad del fundamento heterogéneo de las comunidades democráticas en las que el principio propersona rige como regla que impide la destrucción de los Otros. Habrá que pasar al discurso jurídico por el tamiz de los estudios sobre genocidio para advertir si en nuestro derecho habitan elementos que puedan formar parte de tramas que sirvan al despliegue de procesos que busquen la aniquilación de grupos para la reformulación de relaciones sociales.⁷

7 Sobre este punto cabe atender a la periodización de los procesos genocidas que trabajó Feierstein, el cual no debe entenderse como una sucesión lineal o sucesiva, sino como una estructuración conceptual que nos permite explicar cómo se articulan estos procesos. Así, se destaca un primer momento de “construcción de una otredad negativa”; seguido por un proceso de hostigamiento físico y simbólico; con ello se pretende lograr el aislamiento del grupo marcado negativamente; para así avanzar con su debilitamiento sistemático –paso previo al aniquilamiento–; y, finalmente, la realización simbólica de las prácticas genocidas: la reformulación de las relaciones sociales. “Ya no se trata tan sólo de que determinadas de relación social tienda a su desaparición [...] Lo relevante pasa por otro lugar: al participar del exterminio de determinada fracción de la población, los contemporáneos del genocidio han aprendido un nuevo modo de relación social, aquel prefigurado y diseñado por el terror, pero que puede operar ahora como una decisión voluntaria sin un terror material a la vista” (Feierstein, 2011: 248).

Bibliografía

- Feierstein, D. (2011). *El genocidio como práctica social: entre el nazismo y la experiencia argentina*. CABA: Fondo de Cultura Económica.
- Feierstein, D. (2009). Estudio Preliminar. En R. Lemkin, *El dominio del Eje sobre la Europa ocupada* (pp. 23-37). CABA: Prometeo.
- Forti, S. (2014). *Los nuevos demonios: repensar hoy el mal y el poder*. CABA: Edhas.
- Lemkin, R. (2009). *El dominio del Eje en la Europa ocupada*. CABA: Prometeo.
- Noguera Fernández, A. (2019). El desmontaje de la Constitución democrática. En A. Guamán Hernández, A. Aragonese y S. Martín Martín. (dirs.), *Neofascismo: la bestia neoliberal* (pp. 89-107). Madrid: Siglo XXI.
- Ruiz, A. (2014). Jueces y memoria. *Jurisprudencia Argentina*, II, 72-76.
- Sztulwark, D. (8 de noviembre de 2019). El neofascismo, fase dura del neoliberalismo. *Revista Anfibia*. Recuperado de <https://www.revistaanfibia.com/lula-bolsonaro-neofascismo/>
- Traverso, E. (2002). *La violencia nazi: una genealogía europea*. Buenos Aires: FCE.