

# Ab

## Revista de Abogacía

Los recursos del juez frente a los procesos colectivos y estructurales

El Derecho Constitucional Comparado y el estudio del Derecho Constitucional latinoamericano

Los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación

Derecho constitucional y colonialismo en América Latina

El retroceso en la política migratoria

Institucionalidad estatal y paradigmas desreguladores neoliberales

La Economía de la Constitución

La enseñanza del Derecho. Ese apasionante desafío



# Ab

## Índice

<b>Nuestra presentación</b> Federico G. Thea y Nicolás P. Diana	<b>5</b>
<b>Palabras preliminares</b> Diego Duquelsky y Martín Cormick	<b>9</b>
<b>Los recursos del juez frente a los procesos colectivos y estructurales</b> Belén E. Donzelli	<b>13</b>
<b>El Derecho Constitucional Comparado y la necesidad de profundizar en el estudio del Derecho Constitucional latinoamericano</b> Juan Francisco Numa Soto	<b>27</b>
<b>Los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación: su regulación económica en las Constituciones de América Latina</b> Micaela Figueredo	<b>41</b>
<b>Derecho constitucional y colonialismo en América Latina: reflexiones en torno al constitucionalismo social</b> Eduardo Rojas	<b>53</b>
<b>“Y para (algunos de) los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”. El retroceso en la política migratoria</b> Demián Zayat	<b>63</b>
<b>Una mirada a la institucionalidad estatal desde las relaciones laborales frente a los paradigmas desreguladores neoliberales</b> Mario Gambacorta	<b>71</b>
<b>La Economía de la Constitución</b> Marina García Fornasero	<b>79</b>
<b>La enseñanza del Derecho. Ese apasionante desafío</b> Pensando la enseñanza de Derecho en la actualidad. Entrevista a Carlos Cárcova y Martín Hevia	<b>83</b>



## **Ab. Revista de Abogacía**

**Año I | N° 1 | mayo de 2017**

© 2017, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

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

© 2017, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

**ISSN:** 2545-8485



Rector: **Federico Thea**

Vicerrector: **Héctor Hugo Trincherro**

Secretario General: **Darío Exequiel Kusinsky**

Director General de Gestión de la Información y

Sistema de Bibliotecas: **Horacio Moreno**

Jefa de Departamento Editorial: **Bárbara Poey Sowerby**

Diseño, arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

## **staff**

Director y Editor responsable: **Diego Duquelsky**

Coordinador editorial: **Martín Cormick**

Redacción: **Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales**

Publicación electrónica - distribución gratuita



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.

# Nuestra presentación



*Federico G. Thea\* y Nicolás P. Diana\*\**

Como autoridades de la Universidad Nacional de José Clemente Paz (UNPAZ), pero también y principalmente como docentes de la Carrera de Abogacía, nos toca presentar y acompañar este primer número de su Revista, con mucha alegría y grandes expectativas.

En forma preliminar, queremos agradecer y felicitar especial y sinceramente a **Diego Duquelsky**, **Martín Cormick**, **Horacio Moreno** y **Bárbara Poey**, entre tantos otros, quienes han colaborado y participado activamente en la concepción, gestación, desarrollo y nacimiento de la Revista de Abogacía de la UNPAZ, junto a los autores y autoras, y a las personas entrevistadas en este primer número, sin quienes esta publicación no hubiera sido posible.

La primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua de la palabra “revista” es aquella que la define como una segunda vista, como un examen hecho con cuidado y diligencia. Esta Revista no es una segunda vista, pero sí ha sido diseñada, estructurada y editada con mucho cuidado y diligencia, y también con amor y libertad.

\* Rector de la Universidad Nacional de José Clemente Paz.

\*\* Director del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de José Clemente Paz.

Ese amor y libertad se ve reflejado en las letras de molde de este primer número digital, en la selección de los trabajos y el compromiso de las autoras y autores, y de quienes han tenido la noble y grata tarea de organizar los contenidos, marcar su hilo conductor y, posteriormente, el trabajo de diagramación y edición digital.

La UNPAZ es una casa de estudios novel, con apenas poco más de cinco años de funcionamiento efectivo y normalizada institucionalmente en 2015. El ímpetu de nuestra juventud se percibe transversalmente en el espíritu de esta Revista, en el aula y en la construcción colectiva de nuestra cultura universitaria, en pleno desarrollo, en una dinámica única y propia, singular y colectiva a la vez, anclada en el territorio y en una realidad que no le resulta ajena.

Es esa realidad jurídica, política, económica, social y cultural la que en cada número semestral quedará plasmada en contenidos dinámicos inherentes a nuestra disciplina y práctica, achicando la distancia ficcional entre el conocimiento teórico y el conocimiento práctico en la enseñanza y aprendizaje del derecho. La Revista es por ello una invitación abierta a escribir y publicar dirigida a nuestros docentes y estudiantes, en un marco de libertad y respeto, como un aporte al desarrollo y difusión de dicho conocimiento. Cuando decimos que con la UNPAZ la universidad está cerca no nos referimos solamente a la localización territorial de esta Universidad Nacional, sino sobre todas las cosas a nuestra concepción institucional de la calidad académica, que resulta inescindible del concepto de acceso irrestricto, en tanto la Educación Superior nunca podrá ser de calidad si no garantiza, primero que todo, la inclusión educativa.

En otro lado dijimos que la misión de nuestras universidades no puede ceñirse a replicar los modelos tradicionales importados de los países más desarrollados, sino que debe aprovechar este fenómeno universitario para contribuir a un modelo de sociedad más incluyente, garantizando el derecho a la universidad, abriendo cabezas, descolonizando y aportando su granito de arena a la soberanía intelectual de nuestro país y de nuestra América Latina.

Justamente, esta Revista ha sido concebida para seguir profundizando esa inclusión educativa, para generar más y mejor pensamiento crítico y, sobre todo, para acercar la universidad cada vez más a quienes nunca antes habían podido acceder a su derecho a la Educación Superior. La Revista de Abogacía de la UNPAZ reconoce y acepta los desafíos y límites de la Abogacía en la construcción de ciudadanía y de profesionales con un fuerte compromiso social. Parte de ese compromiso social, sino todo, transita en colaborar en la formación de estudiantes, docentes y profesionales que no sean meros espectadores de la realidad, sino sus protagonistas, con autonomía del lugar y la rama del derecho en la que decidan llevar adelante el ejercicio profesional.

La realidad, señalaba Ortega y Gasset, “se ofrece en perspectivas individuales. Lo que para uno está en último plano, se halla para otro en primer término. El paisaje ordena sus tamaños y sus distancias de acuerdo con nuestra retina, y nuestro corazón reparte los acentos. La perspectiva visual y la intelectual se complican con la perspectiva de la valoración. En vez de disputar, integremos nuestras visiones en

generosa colaboración espiritual, y como las riberas independientes se aúnan en la gruesa vena del río, componemos el torrente de lo real”.<sup>1</sup>

Variedad de perspectivas, reconocimiento de las diferencias, colaboración, compromiso social y composición democrática y social del conocimiento son las claves de bóveda bajo las cuales transcurre la Revista de Abogacía, pensada para ser leída y escrita por aquellas personas que no son ni pretenden ser meras espectadoras de la realidad.

Y como la realidad se presenta dinámica, no lineal, siempre caótica y en ese caos también está el orden<sup>2</sup> como nota peculiar, la Revista puede leerse de corrido o en forma aleatoria y, en cualquier caso, quien la lea siempre se sentirá protagonista principal y a la vez destinatario de un texto que aspira, con vocación de permanencia, a convertirse en material de consulta y referencia de la comunidad no solo universitaria.

La invitación a leer y escribir ha sido realizada: la Revista de Abogacía es la prueba de ella y de la alegría por seguir haciendo, estudiando, construyendo y desarrollando el derecho con esperanza y compromiso en una visión más social, más democrática e inclusiva del conocimiento jurídico y de la Universidad.

---

<sup>1</sup> Ortega y Gasset, J. (1970). *El Espectador*. Madrid: Biblioteca Básica Salvat, p. 21.

<sup>2</sup> *Ordo ab Chao*.





# Palabras preliminares



*Diego Duquelsky\* y Martín Cormick\*\**

Cuando, en septiembre de 2016, el Director del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales nos honró con la responsabilidad de conducir la Revista de la Carrera de Abogacía, no había transcurrido mucho tiempo de la aprobación ministerial del Plan de Estudios, cuyo proceso de reforma habíamos impulsado desde fines de 2013.

Y esa coincidencia iba a resultar particularmente significativa a la hora de diseñar el tipo de publicación que pretendíamos lograr: una revista jurídica que refleje la visión del derecho –y su enseñanza– como la propuesta desde nuestra carrera, una producción intelectual al servicio de futuros profesionales comprometidos con llevar adelante una práctica jurídica emancipatoria y un canal de difusión de ideas que colabore con el proceso de construcción de una “comunidad académica” con identidad propia.

El Plan de Estudios aprobado por Resolución del Ministerio de Educación y Deportes N° 645/2016 no solo busca ajustar los contenidos mínimos de las asignaturas a los estándares establecidos por el Consejo Interuniversitario Nacional mediante Resolución N° 954/14, sino que pretende modificar el perfil del egresado, abandonando la perspectiva netamente iusprivatista del plan original, que impli-

\* Director de la Carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de José Clemente Paz y director de *Ab. Revista de Abogacía*.

\*\* Coordinador editorial de *Ab. Revista de Abogacía*. Docente de Derecho Constitucional (Universidad Nacional de Avellaneda), Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad Nacional de Moreno) y posgrado (Escuela de Abogados del Estado).

caba una concepción del abogado de naturaleza netamente individualista, alejado de la realidad social, quien ejercería un saber pretendidamente técnico neutral y sin conciencia de las implicancias sociales y políticas de su rol.

Estamos convencidos de que “saber derecho” no consiste simplemente en “conocer la ley”. Y, por eso, entendiendo al derecho como una práctica social compleja, somos conscientes de la necesidad de un abordaje multi y transdisciplinario. Lo que implica no solo que la currícula de la carrera de abogacía de la UNPAZ incluya materias vinculadas a la filosofía y la teoría política, la argumentación o la economía, sino que aun en las materias dogmático-jurídicas se aborden las problemáticas planteadas desde diversas perspectivas o miradas.

También nos parece central cuestionar las falsas dicotomías que atraviesan el pensamiento jurídico y la enseñanza del derecho. Hoy más que nunca están en crisis distinciones que durante siglos se presentaron como naturales. Pensemos, por ejemplo, en la distinción entre el derecho público y privado. Cómo pensar en áreas temáticas como el derecho del consumidor o el derecho ambiental –o el derecho del trabajo, o el de las comunicaciones– sin tener presente la necesidad de intervención del Estado, máxime cuando entre los “sujetos particulares” existen fuertes desigualdades.

O cómo comprender ciertas decisiones de la Administración, sin considerar que el límite entre el “interés público” y los “intereses empresariales” son cada vez más difusos en tiempos en que los mismos actores cumplen roles a uno y otro lado del mostrador. O cuando existen actores económicos transnacionales más poderosos que muchos Estados nación.

Otro tanto acontece con la separación entre teoría y práctica, que suele presentar como una frontera infranqueable el mundo académico y el mundo de los operadores jurídicos. Una perspectiva crítica como la que proponemos, implica no solo exhibir los límites de las concepciones mayoritariamente vigentes, sino también coadyuvar a su transformación. Por eso, otro de nuestros objetivos consiste en mostrar que la teoría científica y la práctica social se constituyen mutuamente. Lo contrario –parafraseando a Boaventura de Sousa Santos– nos conduciría a dos callejones sin salida: el “activismo acéfalo” o el “teoricismo abstracto”. El primero, siempre vulnerable a la frustración y al abandono. El segundo, en permanente fuga del desarrollo social en las tareas de transformación emancipatoria de la sociedad.

Esta idea se vincula directamente con el tercer presupuesto de nuestra mirada que debemos explicitar: la perspectiva latinoamericana. Las concepciones jurídicas tradicionales, por distintos límites epistemológicos, han negado la historicidad y la espacialidad del derecho. El iusnaturalismo, buscando fundamentos universales en Dios o la Razón. El positivismo, considerado ajeno al conocimiento jurídico –como un elemento contaminante de la pureza teórica–, todo aquello que excediera el plano estrictamente normativo.

No es posible entender lo que nos pasa como sociedad, los límites de nuestra democracia y los avatares de nuestros sistemas jurídicos si no somos conscientes de nuestra historia y nuestro lugar en el mundo. Para quienes conducimos la carrera de abogacía de la UNPAZ (y también esta revista), es indispensable cuestionar hasta los propios fundamentos del pensamiento racionalista, liberal y antropocentrista.

Por eso no solo incluimos materias como Historia social y política argentina y latinoamericana o Pensamiento Jurídico Latinoamericano, sino también asignaturas como Acceso a la Justicia y Derechos Económicos, Sociales y Culturales en contextos de vulnerabilidad que apunta, al mismo tiempo, a profundizar los conocimientos adquiridos en Derechos Humanos, Garantías y Derecho Constitucional en relación con los llamados Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), a entender como responsabilidad propia del egresado facilitar el acceso a la justicia de sectores desaventajados y a acercar al estudiante a la realidad social, en la que cotidianamente se advierten situaciones de desigualdad estructural.

Como todos sabemos, muchos de nuestros más prestigiosos colegas solo estudian, enseñan y dialogan con autores anglosajones. No solo eso, también llevan adelante su actividad académica en universidades privadas de elite cuyo principal atractivo son sus contactos con escuelas de derecho de los Estados Unidos.

Lo paradójico es que un amplio número de intelectuales críticos de América Latina también ha renegado de lo local y se centró en sofisticadas discusiones teóricas con autores europeos, como si el mundo fuera eso que se desarrolla entre sus ombligos y –sin salir de sus bibliotecas– la obra de Agamben, Žižek o Foucault. La idea de colaborar en la conformación de una “comunidad académica” con una identidad propia apunta a romper con esas prácticas y ser una fuente de propagación de nuevas ideas.

Es por ello que, al lanzar la revista de la carrera, pensamos que cada número tenía que tener una idea centro, un tema que atravesase los artículos. En este caso, y siguiendo lo aquí expuesto, entendemos que todos los artículos deben tratar –o vincularse de alguna manera– con el Derecho Constitucional Latinoamericano. En años de centenario de la Constitución Mexicana, no es poco empezar a pensar, desde nuestras universidades, la importancia del conocimiento sobre el Derecho Constitucional Latinoamericano.

El objetivo es contar con artículos que inviten a pensar, que no busquen ser neutros política ni ideológicamente y que sean un espacio de reflexión para todos y todas. Asimismo, nos pareció interesante y enriquecedor entrevistar a dos profesores y abogados muy vinculados con la enseñanza de derecho en la Argentina, para preguntarnos cómo, dónde y de qué manera pretendemos enseñar y aprender derecho en la Argentina de la actualidad. Así, conversamos con Martín Hevia, Decano Ejecutivo y Profesor Asociado de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, y Carlos Cárcova, Coordinador de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Avellaneda, con los que se generaron enriquecedoras coincidencias y valiosos contrapuntos en sus miradas.

Agradecemos, desde ya, a las autoridades, especialmente al Rector Federico Thea y al Director del Departamento, Nicolás Diana, la confianza depositada en ambos para dirigir la Revista y esperamos estar a la altura de tamaña responsabilidad.

Finalmente, invitamos a nuestros lectores a reflexionar y pensar ideas para escribir en nuestros próximos números.



# Los recursos del juez frente a los procesos colectivos y estructurales



*Belén E. Donzelli \**

## 1. Advertencia al lector

Preliminarmente, es oportuno advertir al lector que este breve artículo se propone como objetivo reflexionar sobre la implicancia que tiene la ausencia de una ley que regule los procesos estructurales. Es que ello ha colocado al Poder Judicial frente a un nuevo rol. Asimismo, ha forzado la elección de alternativas novedosas en aras de sobrellevar los procesos colectivos.

Dada mi cercanía con la jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, me permitiré traer a colación algunas decisiones recaídas sobre este tipo de procesos.

## 2. Algunas primeras ideas

Ante la existencia de un caso en el que se discute cierto tipo de vulneración de los derechos fundamentales garantizados en el bloque de constitucionalidad vigente le corresponde al juez dilucidar la exis-

\* Abogada y Profesora en Ciencias Jurídicas (UCA), Diplomada en Derechos Humanos (American University Washington College of Law) y en Control y Gestión de Políticas Públicas (FLACSO). Cursada completa de la Especialización en Derecho Constitucional, tesina pendiente de aprobación (UBA). Docente de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad Católica, de la Universidad de Morón y de la Universidad Nacional de José C. Paz. Funcionaria de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

tencia (o inexistencia) de esa afectación y obligar al Estado (a los poderes constituidos) a garantizarlos a través de medidas de acción positiva. En efecto, dado que corresponde al Estado velar y preservar los derechos, será el poder judicial quien deberá arbitrar frente a un incumplimiento en el modo de operativizar las prerrogativas fundamentales.

En este punto, se expuso que “en materia constitucional se resuelven cuestiones sobre la base de normas generalmente elásticas, abiertas, indeterminadas, imprecisas, ambiguas o simplemente vagas. Esta característica demuestra, desde luego, que en este campo se concede un amplio margen de actuación a sus jueces [...]”.<sup>1</sup>

Es decir, será el juez quien en definitiva desentrañe el derecho en pos de una mayor protección, pues de él también depende completar o atribuir un sentido a la norma o bien declarar la vulneración del derecho. Así, mediante sus decisiones se delimita e interpreta lo que el derecho es.

En este sentido, Hans Kelsen sostiene que

la sentencia judicial no es un acto declarativo, sino constitutivo de las circunstancias a las que se refiere y en las que basa su decisión. De esta manera, la determinación por el juez de los hechos que motivan el proceso se funda en lo invocado por las partes y en las pruebas presentadas durante el juicio; pero la decisión, una vez adoptada, adquiere valor propio e independiente de los motivos que la determinaron.<sup>2</sup>

En definitiva, mediante la interpretación de la norma jurídica, la decisión del poder judicial tendrá incidencia social pues el juez deberá decidir en las controversias suscitadas en pos de garantizar un derecho fundamental.

Expresa Abramovich que

Es indudable que este modelo de sistema constitucional otorga a los jueces un amplio poder sobre el legislador y el gobierno, por cuanto la norma constitucional con un contenido amplio de obligaciones negativas y positivas comienza a irradiar e influir en vastos campos de la actividad política y de la vida social, y el juez como intérprete de la Constitución, no sólo cuenta con la facultad de invalidar decisiones legislativas contrarias a las normas y principios constitucionales, sino que puede en aplicación directa de la Constitución obligar al legislador y al gobierno a asegurar por la vía de acciones positivas las directivas constitucionales.<sup>3</sup>

1 Mora Restrepo, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires: Marcial Pons, p. 19 y su nota.

2 Guibourg, R. A. (2010). *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea, pp. 45 y ss.

3 Abramovich, V. (2009). El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales, en V. Abramovich y L. Pautassi (comps), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 5 y ss.

Así, el poder del juez es social y político pues, alude Manili

mediante el ejercicio de su control, los jueces influyen en dos relaciones de poder: 1) el equilibrio entre los poderes de Estados. En palabras de Sagües “sus decisiones contribuyen a delinear los rasgos fundamentales de la arquitectura estatal, y pueden delimitar los ámbitos de poder de cada uno de los órganos de gobierno”. [...] 2) El equilibrio entre el poder del Estado y los derechos de sus habitantes: el llamado “poder de policía”, las limitaciones a los derechos a través de su reglamentación, las restricciones a esos derechos en estados de emergencia y la existencia y efectividad de las garantías procesales para la defensa de los derechos, son cuestiones que caen cotidianamente bajo la competencia de los jueces. Hablar de equilibrio de poderes es hablar de política.<sup>4</sup>

En este sentido, manifiesta el autor que

las técnicas y métodos de interpretación de normas son diversas: textual o literal, contextual o sistémica, histórica, subjetiva, estática, dinámica, etcétera. Sabemos también que, en algunos casos, la aplicación de un método u otro de interpretación puede hacer variar el resultado de la decisión. [...] Cuando los [Tribunales Superiores] ejercen el alto rol político de controlar la constitucionalidad de normas y actos de los demás poderes, [...] [deben hacerlo en pos de] garantizar a los justiciables el máximo goce posible de sus derechos.<sup>5</sup>

Resulta, en definitiva, que en la asunción de tan importante tarea, los jueces han asumido un rol más activo dependiendo de los derechos que estén en juego.

### **3. ¿Qué se espera de los jueces? El acceso a la justicia y los casos colectivos**

Dicho lo que antecede, deseo observar la vigencia de las palabras de la CSJN en los renombrados casos “Siri”<sup>6</sup> y “Kot”:<sup>7</sup> “allí donde hay un derecho, debe existir un remedio para hacerlo valer”. Esta fórmula fue de suma utilidad para el máximo tribunal federal en la medida en que se vio necesitado de resguardar los derechos constitucionales frente a la ausencia de mecanismos válidos para viabilizarlos.

Es que el derecho de acceso a la justicia es un derecho humano fundamental y representa, entonces, la puerta de entrada para las personas a los distintos cauces institucionales provistos por el Estado para la resolución de sus controversias.

Como señala Botassi “lo que caracteriza a un sistema protector de los derechos fundamentales no es

4 Manili, P. L. (2014). *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 203-204.

5 *Ibid.*, p. 220.

6 CSJN. Sentencia del 27 de diciembre de 1957. “Siri, Ángel s/ habeas corpus”. *Fallos* 239:459.

7 CSJN. Sentencia del 5 de septiembre de 1958. “Kot Samuel SRL s/ amparo”. *Fallos* 241:291.

su enunciación teórica sino la existencia de herramientas procesales que aseguren su efectiva vigencia en caso de inacción o desconocimiento por parte de las autoridades”.<sup>8</sup>

Esta misma argumentación fue utilizada en el *leading case* “Halabi”<sup>9</sup> en el que la CSJN reconoció el derecho que le asistía a la clase que consideró representada por el actor ante el silencio del Congreso, que en 15 años (a la fecha de la sentencia) no había logrado regular los procesos colectivos.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los jueces en cumplimiento de la Constitución local protegieron derechos fundamentales y aplicaron las garantías constitucionales consagradas tanto a nivel nacional como local. Frente a la controversia sobre el resguardo de derechos o intereses colectivos que no pertenecen a los individuos solos en particular, sino a la comunidad, desafiaron también la dogmática procesal tradicional y acudieron a la creación pretoriana de cauces procesales tendientes a dar trámite a acciones que involucraban este tipo de derechos y adaptaron en forma pretoriana la garantía constitucional del amparo a los planteos colectivos.

Tal como sostienen Courtis y Abramovich<sup>10</sup>

una dificultad particular que se ha presentado con la justiciabilidad de los derechos sociales surge de que gran parte de las acciones judiciales han sido diseñadas para conflictos entre individuos privados. Ello dificulta en alguna medida el litigio en materia de derechos sociales, porque en muchos casos estos derechos tienen dimensiones y proyecciones colectivas.

Llegados a este plano, en la doctrina se ha hablado del litigio colectivo (amparo colectivo, proceso colectivo) refiriendo que el “fenómeno de las acciones colectivas supone una revolución que acarrea reelaborar gran parte de las instituciones sobre las que se asienta la teoría general del proceso: la acción, la legitimación y como gran asignatura pendiente para el legislador, la cosa juzgada y la ejecución”.<sup>11</sup>

Resultan esclarecedoras, al respecto, las palabras de Christian Courtis<sup>12</sup> quien afirma:

El litigio complejo o de reforma estructural no pretende la evaluación de la conveniencia o bondad de una política pública –o de su ausencia– por parte de los jueces, sino la determinación de que una situación de alcance colectivo viola un estándar o parámetro exigido por el ordenamiento jurídico. En este sentido, y con las particularidades del caso –que en la Argentina están dadas fundamentalmente por la escasa tradición en materia de acciones colectivas–, la adjudicación en este tipo de litigio se enmarca perfectamente en la función tradicional asignada a los jueces: resolver controversias sobre una base legal.

8 Botassi, C. (2008). Los DESC en la Constitución Argentina. *Alerta Bibliográfico* 7(181), p. 140.

9 CSJN. Sentencia del 24 de febrero de 2009. “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873 - dto. 1563/04 s/amparo”. *Fallos* 332:111.

10 Abramovich, V. y Courtis, C. (2006). *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 81.

11 Armenta Deu, T. (2013). *Acciones Colectivas. Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*. Madrid: Marcial Pons.

12 Courtis, C. (2006). Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos. *Jurisprudencia Argentina II*.



Sumado a esto, agrega que

El peso de este tipo de litigio radica fundamentalmente en la etapa de ejecución de la sentencia. Esta etapa –a diferencia del litigio bilateral tradicional– incluye el diseño concreto de las medidas por adoptar, el cronograma de cumplimiento y el seguimiento de ese cumplimiento. Aquí es donde juegan factores relacionados con la división de poderes y, aun en casos en los que ambas partes sean sujetos privados, con la necesidad de establecer canales de diálogo flexibles que permitan ajustar la solución concreta del caso.

Finalmente, concluye que

Al Poder Judicial le corresponde establecer las pautas a las que debe ajustarse la situación para respetar los derechos y principios en juego. La Administración debe articular la actividad destinada a superar la violación denunciada con el cumplimiento de otros deberes a su cargo. El hecho de que la solución destinada a superar una violación de carácter estructural involucre distintas autoridades y la consideración de factores presupuestarios, de planificación e implementación gradual que, en muchos casos, requieren correcciones coyunturales se aleja del tipo de decisión más o menos sencilla habitualmente adoptada por el Poder Judicial.

Es posible abordar dos implicancias que aparecen ligadas a la ausencia de normativa específica:

- 1) Sobreutilización de la figura del amparo, para aquellos casos cuyo tratamiento responde a los parámetros de los juicios estructurales.
- 2) La necesidad de adaptación de la función de la judicatura. A mi criterio, la ausencia de cauces procesales adecuados le ha otorgado a los jueces una especie de poder de regulación. Es que, de existir una reglamentación, ello favorecería a la seguridad jurídica y al estado de derecho, pues daría la posibilidad de contar con reglas preestablecidas, claras y universales (al menos en el ámbito geográfico a aplicarse).

#### **4. Sobreutilización de la figura del amparo**

Quizás, aunque no técnicamente apropiada, la acción de amparo ha sido la herramienta procesal para la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales, ante la falta de mecanismos procesales adecuados. En efecto

del examen de las distintas herramientas procesales que admite el ordenamiento jurídico puede vislumbrarse una mayor utilización para la defensa de los derechos económicos, sociales y cul-

turales de las acciones de amparo; quizás ello se relaciona con la naturaleza de estos derechos y la directa incidencia de ellos para el desarrollo de los hombres<sup>13</sup>.

Así, juicios estructurales y amparos colectivos forzaron los límites de una acción pensada en el marco de procesos con intereses *inter partes* y es hoy el único proceso a nivel nacional, en muchas provincias e incluso en esta Ciudad Autónoma. Conviene referir que

una generalización y aplicación indiscriminada de las medidas judiciales clásicas a litigios tendientes a satisfacer derechos económicos, sociales y culturales, sin considerar el carácter estructural de las dificultades que afectan a su satisfacción, implicaría beneficiar a aquellas personas que tienen un mejor acceso a la justicia en desmedro de aquellos que no pueden hacerlo.<sup>14</sup>

Explica Ferrajoli:

hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos [los DESC] nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal.<sup>15</sup>

La experiencia jurisdiccional demuestra la existencia de ventajas y desventajas en esta “sobreutilización”. Como observaremos más adelante, la naturaleza particular de este tipo de proceso nos enfrenta con algunos inconvenientes en materia probatoria. Aunado a ello, no es posible dejar de advertir que la complejidad de las problemáticas sobre las que versan los casos estructurales trasvasa, en ocasiones, los límites de la acción de amparo pensada para resolver controversias individuales.

## 5. Una nueva configuración del rol del juez

Víctor Abramovich y Christian Courtis<sup>16</sup>, en su libro señalan: “la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales”.

13 Schafrik de Núñez, F. (2013). Una mirada procesal de los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de [http://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/12\\_implementacion\\_sentencias\\_judiciales.pdf](http://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/12_implementacion_sentencias_judiciales.pdf)

14 Thea, F. (2012). La reforma estructural en la jurisprudencia de la CSJN. *RAP* (400), p. 71.

15 Ferrajoli, L. (1999). El derecho como sistema de garantías. En L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, pp. 28-30.

16 Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Buenos Aires: Trotta, p. 46.

Si bien es cierto que, en general, todas las contiendas contenciosas requieren que se arbitren canales procesales creativos, se observa que en las acciones de amparo que involucran a este tipo de derechos, muchos operadores judiciales han asumido un rol de conducción del proceso a fin de paliar las lagunas legislativas.

Un ejemplo de ello es la producción de medios de prueba creativos o atípicos. Lo anterior se relaciona con que cada plataforma fáctica que se presenta al análisis judicial difiere necesariamente de las cuestiones que involucran a otras generaciones de derechos.

Lo que en síntesis sucede es que no es posible estereotipar las pruebas de que se valdrán todos los tribunales para dilucidar si se ha violado o no un derecho económico, social y cultural. Es decir, el comportamiento de las partes en este tipo de procesos no es el típico del proceso contradictorio de los contenciosos.

El juez adquiere un rol principal como moderador en la regulación de los aspectos procesales del amparo colectivo. Como adelanté párrafos arriba, ello se da respecto de los medios probatorios, pero también en lo referido a las notificaciones, al tipo de sentencia –que suele ser exhortativa–, a la necesidad de arribar a acuerdos conciliatorios a través de métodos participativos –mesas de diálogo, o de trabajo– y, asimismo, en lo referido a la etapa de ejecución de las sentencias.

En general, no se niega básicamente el derecho a obtener la tutela; la discusión pasa por el modo en que se podrá dar protección a ese derecho, por la intensidad de su protección; por la existencia o no, en el caso de tratarse de la autoridad administrativa, de partidas presupuestarias para hacer efectivo el derecho. Se discutirá, entre otras cosas, respecto de la legitimación procesal activa de quienes se presentan a juicio para exigir su prestación o si la vía procesal es adecuada para discutir la cuestión.

## **6. Sobre las herramientas utilizadas en casos colectivos/estructurales**

Como primera medida, nos encontramos que, ante un caso que involucra derechos estructurales o colectivos, los magistrados adoptan como medida preliminar distintos mecanismos de difusión con el objeto de poner en conocimiento de todos los potenciales afectados (favorable o negativamente) la contienda que se está suscitando en la instancia judicial. El fin es poner en conocimiento de la comunidad el tema que se está debatiendo.

En términos generales, he observado que estas medidas son adoptadas previo a la integración de la *litis*, concretamente al momento en que la demanda es incoada. Aquí, son los jueces quienes en uso de sus facultades instructorias del proceso, toman medidas tendientes a salvaguardar la adecuada representación. Ello, aun cuando no es solicitado por la propia actora, es decir, de oficio.

Cobra especial relevancia el proceder de los magistrados en tanto que actúan sin una ley que los ordene sino a partir del propio sentido común. En este punto, sin ánimo de extenderme en demasía, cabe

mencionar algunas de las medidas observadas a partir del estudio del fuero Contencioso Administrativo y Tributario porteño.

- “ACIJ y otros c/ CUCICBA” (Expte. A-2206-2016/0), en trámite ante el Juzgado N° 17 y Sala I de la Cámara de Apelaciones. El objeto del amparo era la implementación de un plan de control efectivo de las comisiones percibidas por los corredores inmobiliarios. La primera providencia del magistrado consistió en ordenar la difusión del juicio a través de medidas de publicidad. Entre otras: publicación en el B.O., radiodifusión, sistema de difusión judicial, notificaciones en el sitio web del CUCICBA, avisos a todas las inmobiliarias. Es importante destacar que esta última medida –aviso a todas las inmobiliarias–, resultó incumplida, por lo que la parte demandada fue conminada bajo apercibimiento de astreintes, lo que dio lugar a una revocatoria con apelación en subsidio. La Sala I decidió que dicho auto interlocutorio no era susceptible de apelación (art. 20 Ley N°2145).
- “VAYO, Miguel y otros c/ GCBA” (A-7770-2014/0), a cargo del Juzgado CAyT N° 23. El objeto de este proceso era la declaración de nulidad absoluta e insanable del Decreto N° 251-2014 en tanto este avanzaría contra la atribuciones exclusivas de la Legislatura para regular la organización de las Comunas (Arts. 1°, 127 CCABA, Ley N°3233). Las medidas de difusión fueron similares a las referidas en el párrafo que antecede, tomando en consideración la necesidad de oficiar concretamente a todas las personas que integran los órganos de las Comunas en tanto la operatividad del Decreto en cuestión podría incidir en el ejercicio de sus derechos.
- “GOMEZ Gloria y otros c/ GCBA” (A-14016-2015/0), en trámite en el Juzgado CAyT N°23, cuyo objeto radicaba en que se declare la nulidad y se deje sin efecto la obra correspondiente al espacio verde en una plaza ubicada en la CABA. Mediante dicha obra se pretendía la construcción de un canil. Como medida precautelar, el magistrado actuante ordenó la realización de medidas de publicación, entre las que se destacan –además de las habituales, ya referidas en los párrafos precedentes– el libramiento de un oficio a la Comuna 14 –en la que está emplazada la plaza– a fin de que mediante circular difunda los datos del juicio. Asimismo y en concreto, mientras se sustanciaban dichas medidas, ordenó como precautelar no habilitar ni inaugurar el canil.
- “CASTILLO Gabriela c/ GCBA” (A-2402-2015/0) (Juzgado CAyT N° 23). El objeto era suspender la demolición de un inmueble –petit hotel– construido a principios del siglo XX y que perteneció a María Julia Alsogaray. El carácter colectivo del caso radicaba en que se hallaba alcanzado por el Procedimiento de Promoción Especial de Protección del Patrimonio Cultural. Se dictó una medida cautelar que suspendió la demolición y se ordenaron medidas de difusión entre las que destacó la publicación en un diario de mayor circulación. Estas medidas fueron apeladas y la Sala I decidió que no se trataba de un auto susceptible de recurso (art. 20, Ley N° 2145).
- “DI FILIPPO, Facundo y otros c/ GCBA” (A-40862-2015/0), la magistrada a cargo del Juzgado CAyT N° 9, entendió sobre la operatividad de la Ley de Talles. En primer término,

la jueza ordenó, previo a aceptar su competencia y dada la posible afectación de los derechos de otras personas, que se libre oficio al Registro de Amparos Colectivos del fuero CAyT, en cumplimiento del Acuerdo Plenario N° 5. Posteriormente ordenó medidas de publicidad en el B.O., radiodifusión, cartelera en las Juntas Comunales, difusión en el ámbito judicial. Una vez cumplidas esas medidas, se le dio intervención al Ministerio Público Tutelar en atención a que estaban en juego derechos de incidencia colectiva

Los casos mencionados hasta aquí resultan suficientes como para mostrar, por un lado, lo diverso de caso a caso y de qué forma los magistrados deben actuar ponderando las particularidades bajo análisis a fin de lograr la adecuada tramitación del expediente.

Otro aspecto interesante que cabe destacar radica en el modo en que el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires inicia procesos estructurales y el modo en que viabiliza la representación de los interesados. He podido observar que, en aquellos casos cuyo objeto es lograr la urbanización o, cuanto menos, ciertas acciones tendientes a mejorar la calidad de vida de los habitantes de los distintos núcleos urbanos transitorios, las Defensorías del fuero CAyT han adoptado diversas modalidades. Por un lado, en los casos de barrios que, en los términos de la Ley N°148<sup>17</sup> han realizado los procesos eleccionarios y, por tanto, han escogido representantes, la Defensoría actuante se presenta patrocinando a estos últimos que, a su vez, asumen la representación de los restantes habitantes. Otro caso se da en los supuestos de barrios en los que no se han llevado a cabo los procesos eleccionarios. Aquí, en la actuación de la Defensoría, cobran relevancia los delegados/referentes del barrio que sin un acto formal que los escoja como “representantes” se arrogan dicha calidad. Dentro de la tramitación de los procesos en estos últimos casos adquieren especial importancia las medidas extrajudiciales de acercamiento entre el Ministerio Público y los vecinos. Es una práctica usual la de generar espacios de diálogo e intercambio de información entre las partes intervinientes del proceso. Si bien, esto no responde a una directiva formal de actuación, facilita sin dudas el propio proceso en tanto existe un flujo de comunicación asiduo.

En el plano procesal, las acciones de amparo admiten medios de prueba diferentes a los que usualmente el ordenamiento prevé.<sup>18</sup>

La inventiva en la elección de los medios probatorios aptos en este tipo de proceso puede también tener que ver con la plataforma fáctica que se presenta al análisis judicial. A su vez, estas pruebas podrán diferir de las de aquellos casos en los que estén involucrados distintas generaciones de derechos.<sup>19</sup>

17 Ley de Atención prioritaria a la problemática social y habitacional en las Villas y Núcleos habitacionales transitorios, del 30 de diciembre de 1998.

18 A modo de ejemplo, adviértase que el artículo 9 de la Ley de Amparo Local N° 2145, dispone un límite en la presentación de prueba testimonial y pericial. Es que la propia naturaleza expedita y rápida de la acción de amparo sella la suerte negativa de los pedidos de producción de prueba que por su amplitud podrían atentar contra esta. Un tema no menor es el costo que implica la producción de cierta prueba, lo que en definitiva se traduce en quién se hará cargo de las costas de su producción.

19 Un ejemplo de ello, puede verse en los casos en los que está en juego la defensa del patrimonio urbanístico o cultural, en los que se ha admitido la prueba pericial y se ha encomendado la producción de dictámenes

De los tradicionales medios, los más típicos en este tipo de casos son la prueba documental y la informativa. El reconocimiento judicial es un instrumento interesante para que el tribunal tome contacto directo con la situación de hecho que se plantea en la causa, por lo que en muchas ocasiones los procesos impondrán el acercamiento del juez al campo.

En cambio, la prueba pericial es utilizada en forma excepcional. Por dos órdenes de razones, la primera es que su producción parece no acompañar el carácter manifiesto que debe tener el acto o la omisión que dan sustento a la acción de amparo. La segunda radica en la cuestión de quién soportará la carga de los honorarios. Esta situación ha llevado a que las partes suplan este tipo de prueba con la presentación de dictámenes profesionales.

Otro medio probatorio utilizado es la solicitud de inspecciones realizadas por áreas técnicas de la autoridad administrativa. El ejemplo más típico está representado por las inspecciones para constatar la situación de seguridad de instalaciones eléctricas, de gas o de infraestructura de bienes inmuebles, v. bg.: solicitudes a la Superintendencia de Bomberos de la Nación.

En el caso del fuero CAyT local, una medida usualmente utilizada es la presentación de informes socio-ambientales por parte de la Oficina de Asistencia Técnica de la Defensoría General.

En el mismo plano procesal, otro elemento que surge particularmente manifiesto en los litigios colectivos es lo referido a la búsqueda de soluciones consensuadas entre las partes; lo que se logra a través de mecanismos de diálogo que el juez moderará.

Un tema que conviene mencionar (aunque sin ánimo de un tratamiento exhaustivo) en este momento es que lo característico de los litigios colectivos es la amplitud de su objeto.<sup>20</sup> Ello, importará del juez el esfuerzo por ir acotando a lo largo del proceso el amplio objeto que dio sustento a la demanda. Lo que, indirectamente, favorecerá al momento de dictar sentencia, para que estas no se tornen de difícil o imposible cumplimiento.

Las mesas de diálogo colaboran con lo dicho en el párrafo que precede toda vez que se requieren soluciones escalonadas, estas mesas de trabajo podrán ayudar al encuentro de las partes a fin de lograr acuerdos que serán homologados.

---

a profesionales de la Facultad de Arquitectura de la Universidad de Buenos Aires. También, en casos que versan sobre la urbanización de barrios emergentes se han solicitado comprobaciones técnicas al Cuerpo de Bomberos.

20 Tal como ha quedado descrito en diversos trabajos doctrinarios, lo propio de los procesos estructurales es esta amplitud en su objeto. Ello puede constituirse tanto en una ventaja como en una desventaja. La definición quedará sujeta al trámite que le imprima el juez que entienda sobre el juicio, éste tendrá la posibilidad de ir definiendo el objeto a través del propio juicio. Incluso, es necesario advertir que, frente a los casos colectivos, el cumplimiento del objeto puede ir dándose por etapas por lo que al llegar al momento de la decisión final el objeto puede haber resultado reducido o acotado.

## 7. Sobre el modo de sortear los avatares procesales en los amparos colectivos

En el año 2004, se aprobó en Caracas el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Sus consideraciones parten de la necesidad de reconocer que “el proceso tradicional no se adecua a la defensa de los derechos e intereses transindividuales”.

De allí surge la primacía de Brasil en la introducción de la tutela de los derechos colectivos y su previsión en el año 1977 a través de la “Ley de Acción Popular”. Sin embargo se destaca la insuficiencia y la heterogeneidad sobre el tema en los restantes países. En este entendimiento se propone un Código que se adecue a la realidad existente en los diversos países americanos. Allí se sistematizan los diferentes aspectos característicos de las acciones colectivas.

La doctrina<sup>21</sup> ha aseverado que el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica resulta el esfuerzo más importante en la difícil tarea de encontrar soluciones al fenómeno de los procesos colectivos. En efecto, se trata del resultado de una reunión en la que participaron procesalistas de todo el mundo con el objetivo de analizar las diversas aristas de un complejo instituto jurídico.

El Código Modelo surge ante la incertidumbre y la consecuente necesidad de buscar estrategias de política pública tendientes a regular este tipo de proceso que, a su vez, se erige como necesario para efectivizar ciertos derechos que no se ven cabalmente tutelados a través de las tradicionales herramientas jurídicas.

Al momento de su dictado, pocos eran los países que contaban con una regulación íntegra y específica aplicable a todos los procesos colectivos. Por el contrario, en la mayor parte de los países existe una regulación fragmentada, genérica, incompleta.<sup>22</sup> Asimismo, muchas veces la regulación con la que cuenta un país difiere sustancialmente del modo en que otro se ha abocado al mismo tema. Ello responde quizá a la problemática referente a la posibilidad de disponer sobre los derechos colectivos y a las diferentes posiciones acerca de los avatares procesales a su respecto.

De la compulsión en el sitio web de la Legislatura porteña de las voces “proceso colectivo”, “amparo colectivo” se observa que no hay proyectos con estado parlamentario. En el ámbito nacional existe un proyecto con estado parlamentario (presentado el 4/3/2016 -0294-D-2016) que planea la derogación de la Ley N° 16986 e incorpora el tratamiento de los amparos colectivos.

21 Pereira Campos, S.: “Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/ class actions en América”. Relato general por América a la “I Conferencia Internacional de la Asociación de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal”, celebrado en Buenos Aires, Argentina, del 6 al 9 de junio de 2012.

22 Conforme surge del documento elaborado cuya cita obra en la nota al pie que antecede, se puede advertir que países como Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, en el peor de los casos, carecen de regulación alguna o, en caso de contar con alguna esta es incompleta. Así y todo, vale destacar la advertencia del autor “aunque existen importantes voces que reclaman la aprobación de legislación en la materia en aquellos países que no la poseen... no siempre la exhaustiva regulación en sí misma representa una solución a la problemática identificada, pudiendo constituirse incluso en un problema más”. Es así que, a su criterio, concluye en la necesidad de una regulación que debe ser alcanzada de un modo extremadamente cuidadoso.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no existe una regulación en materia de amparos o procesos colectivos. De hecho, la Ley local N° 2145, que regula la acción de amparo fue vetada en lo atinente a este tipo de proceso y, desde entonces, los intentos de legislar no han dado fruto.

En este afán, la Cámara de Apelaciones del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó con carácter de doctrina plenaria el Acuerdo N° 5/2005 mediante el que se creó bajo su órbita el Registro de Amparos Colectivos y, recientemente, luego de varios años de trabajo sobre el tema, a fin de brindar mejor funcionalidad al anexo I de dicho acuerdo –nuevamente en pleno– dictó el N° 4/2016 (del 07/06/2016). La finalidad de este tipo de órganos es la de lograr la vinculación de procesos judiciales de similar naturaleza y evitar, de esta forma, el dispendio jurisdiccional y la posibilidad de sentencias contradictorias.

Esta iniciativa tiene su asidero tal como expresamente se menciona en las consideraciones preliminares “en la experiencia acumulada desde el año 2005 y, en particular, en razón de la doctrina que emana de la CSJN en la materia (entre otros: “Halabi” y “Padec”)” e indirectamente también en las Acordadas N° 32/2014 y 12/2016 de la CSJN. Mediante la primera, la CSJN creó el Registro Público de Procesos Colectivos, el segundo vino a precisar algunos aspectos y a fijar nuevas reglas ordenadoras del tipo de proceso.

Viene al caso mencionar que en octubre de 2016 entró en vigencia el nuevo reglamento de actuación aprobado en la Acordada N° 12/2016. Todos los tribunales nacionales y federales deberán dar estricto cumplimiento a sus lineamientos que tendrán vigencia hasta tanto el Poder Legislativo sancione una ley que regule este tipo de procesos, con exclusión de los procesos atinentes a la Ley General de Ambiente y los habeas corpus colectivos de las personas privadas de su libertad. El Reglamento dispone no solo obligaciones para las partes sino también para los magistrados que intervengan a fin de evitar la superposición de acciones (véase 03/10/16, No cualquier colectivo lo deja bien. *Diario Judicial*).

En el fallo “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” del 18/8/2016, el máximo tribunal federal confirmó la nulidad del aumento tarifario para usuarios residenciales. Allí, destacó que el sistema de publicidad de los procesos colectivos aprobado a través de las Acordadas N° 32/2014 y 12/2016 tiene por objeto preservar la seguridad jurídica, en la medida en que propende a asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el litigio.

Asimismo, el cumplimiento de los recaudos establecidos por las Acordadas N° 32/2014 y 12/2016 debe extremarse cuando las resoluciones colectivas puedan incidir en la prestación de un servicio público, ya que decisiones sectoriales en materia tarifaria pueden afectar la igualdad en el tratamiento de los usuarios, aplicando un aumento para algún sector y no para otro que se encuentra en igualdad de condiciones.



Por su relevancia, conviene transcribir a continuación los términos utilizados por la CSJN:

Que desde estas premisas y con el declarado propósito de favorecer el acceso a la justicia de todas las personas, el Tribunal creó un Registro de Acciones Colectivas destinado a la publicidad de los procesos colectivos en el que deben inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales nacionales y federales del país (acordada 32/2014, del 10 de octubre de 2014). Asimismo, la Corte aprobó el ‘Reglamento de actuación en procesos colectivos’ al que deberán ajustar su actuación dichos tribunales, que tendrá vigencia a partir del primer día hábil de octubre del corriente año y hasta tanto el Poder Legislativo sancione una ley que regule la materia (acordada 12/2016, del 5 de abril de 2016).//Que este procedimiento destinado a la publicidad de los procesos colectivos tiene por objeto preservar un valor eminente como la seguridad jurídica, cuya jerarquía constitucional ha sido señalada por el Tribunal con énfasis y reiteración (Fallos: 317:218 y sus citas), en la medida en que propende a asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso(considerandos 36 y 37). [El destacado me pertenece].

Por su lado, la Provincia de Buenos Aires ha reformado la Ley de Amparo N° 13928 (mediante la Ley N° 14192). Allí reguló el amparo colectivo y ordenó la creación en el ámbito de la Suprema Corte provincial de un Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva. Esto último fue implementado el 21/08/2013 mediante la Acordada N° 3660 de la SCPBA. Incluso en su creación la Suprema Corte se encargó de esclarecer que “resulta necesario incorporar al Registro creado legislativamente los procesos tramitados en esta provincia que resulten de incidencia colectiva aun cuando no constituyan amparos propiamente dichos”.<sup>23</sup>

La Provincia de San Juan ha dictado la Ley de Protección Jurisdiccional de los Intereses Difusos y Derechos Colectivos, N° 379-E (anterior Ley N° 6006), que dispone que se dé publicidad mediante edictos en el Boletín Oficial.

Finalmente, el actual Código Civil y Comercial unificado prevé en su artículo 14 el reconocimiento, por un lado, de derechos individuales y, por otro, de derechos de incidencia colectiva, afirmándose que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectarse al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

## 8. Conclusiones

Ante la realidad de los procesos colectivos muchas han sido las posiciones adoptadas por los distintos países según sus propias tradiciones jurídicas y procesales. Sin lugar a dudas, los esfuerzos de algunos

---

<sup>23</sup> Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Acordada N° 3660 del 21 de agosto de 2013.

han dado como resultado la aparición de regulaciones íntegras; otros países han optado por resolver en forma escalonada los avatares que se les fueron presentado; finalmente algunos han hecho caso omiso a la imperiosa necesidad de regular este nuevo tipo de proceso.

Su aparición ha venido a modificar incluso el rol ejercido por los magistrados quienes se vieron ante la necesidad de actuar por fuera de las tradicionales formas procesales a fin de dar cabal respuesta a los planteamientos que bajo este proceso se llevan a cabo.

Los esfuerzos de la doctrina han llevado a trabajar y profundizar en las discusiones. De tal modo, cuestiones clásicas como el tema de las notificaciones, la adecuada representación del grupo o clase afectado, los medios probatorios, la cosa juzgada y la ejecución de sentencias ha sido un campo de interesante discusión. En esta tesitura, ha aparecido a nivel iberoamericano el Código Modelo acogido luego de una ardua reunión entre procesalistas de la región. Tiene el afán de establecer normas medianamente uniformes en los distintos países y evitar la fragmentación normativa. Aunque su aplicación no es obligatoria, constituye una herramienta más a tomar en consideración en pos de la seguridad jurídica.

En definitiva, la existencia de una normativa clara, más allá de su conveniencia o no, aportaría a la seguridad jurídica de los justiciables que dejarían de depender del buen sentido de los magistrados. A su vez, los magistrados no verían comprometida su responsabilidad en la medida en que podrían apearse, mientras que el caso lo admita sin hesitación, a las normas procesales y/o formales. Se abriría un nuevo campo de discusión o desarrollo académico en la medida en que se podría discutir la conveniencia de la norma existente.

# El Derecho Constitucional Comparado y la necesidad de profundizar en el estudio del Derecho Constitucional latinoamericano



*Juan Francisco Numa Soto\**

## 1. Resumen

Este artículo propone rescatar el método del Derecho Constitucional Comparado y dejar a la vista la ineludible necesidad de incorporar un área abandonada o nunca desarrollada, según el caso, en la enseñanza del derecho.

## 2. Introducción

Comienzo por citar una frase del reconocido jurista italiano Giuseppe De Vergottini

Las razones que explican esta sustancial falta de atención de los problemas del método comparativo en el Derecho Constitucional, pese a que numerosos autores recurren inevitablemente a la comparación, debe buscarse en el hecho de que hasta tiempos recientes las comparaciones se han producido, por un acuerdo general implícito, entre ordenamientos pertenecientes a un área político-institucional sustancialmente homogénea, centrada en los Estados europeos y en algunos de sus apéndices extraeuropeos. Los ordenamientos y los institutos comparados han sido los propios de la democracia liberal, que era considerada la forma política “natural” de los

\* Docente de Producción del Ordenamiento Jurídico Latinoamericano, en el Ciclo de Complementación Curricular (CCC) de la Licenciatura en Historia (UNDAV), junto al Dr. Jorge Francisco Cholvis.

Estados que contaban en la escena internacional. Las desviaciones del modelo liberal clásico se consideraban “degeneraciones” de las formas de Estado liberal. Los ordenamientos por los que se interesaba el estudioso eran normalmente los europeos y el de Estados Unidos, ligado profunda e históricamente con el inglés.<sup>1</sup>

Esta reflexión del italiano nos invita a pensar las razones de por qué no están desarrolladas las áreas de Derecho Constitucional Comparado en las carreras de Grado de Derecho en nuestro país.

Consideramos que resulta ineludible para la formación completa del abogado adentrarse en el método del Derecho Constitucional Comparado. Entre otros tópicos, cómo abordar metodológicamente los procesos de debate y reforma constitucional de los distintos países latinoamericanos; el mecanismo que tiene cada país para sancionar sus leyes y decretos; cómo las deroga, pierden vigencia o son declaradas inconstitucionales; como así también conocer el control judicial de constitucionalidad de las leyes en Latinoamérica y el mundo.

Resulta imprescindible para el futuro abogado de la República Argentina tener un método claro para conocer el funcionamiento y desenvolvimiento constitucional de los distintos países que conforman nuestra América, en primer orden, y luego todos los países que conforman la Organización de Naciones Unidas.

Este desafío, y exigencia en cierto modo, que recae sobre los estudiantes, rinde sus frutos a la hora de comenzar a indagar las razones de los avances y retrocesos en nuestras comunidades políticas latinoamericanas. En síntesis, si los procesos históricos tienen un punto de quiebre o inflexión cuando alcanzan su consolidación y sentido de perdurabilidad a partir de la sanción de una nueva constitución o ley relevante, es potestad también de los historiadores cuando reconstruyan el desenvolvimiento de dicho modelo constitucional evaluar cómo se los aplicaba, desde los distintos órganos políticos formales, a saber: Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. O sea, poder evaluar el funcionamiento propuesto por un modelo constitucional latinoamericano determinado.

Como habíamos dicho, el método comparativo aplicado al derecho constitucional resulta ser un instrumento de especial relevancia para el perfeccionamiento de nuestras instituciones nacionales y también de las que compartimos a partir de los tratados asumidos entre países latinoamericanos. También, para no repetir errores y generar falsas expectativas en el inexorable camino hacia un futuro Estado Constitucional Latinoamericano. Para ello resulta imprescindible, entre otras cosas, el uso apropiado del concepto de Constitución, ya que esta última es la médula del uso del método comparativo entre las constituciones de nuestra Patria Grande.

---

<sup>1</sup> De Vergottini, G. (2005). *Derecho Constitucional Comparado*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 3.

### 3. Precondiciones

#### 3.1. Concepto de “Constitución”

El concepto global de constitución incluye una parte, que denominamos “Constitución jurídico-formal” –el documento escrito– y, por otro lado, también incluye lo que se refiere a la “Constitución real” o –los factores de poder reales que logran predominar en la realidad efectiva y terminan de moldear en la práctica el funcionamiento del documento jurídico escrito (constitución formal) y demás leyes.

#### 3.2. Necesario conocimiento de la historia constitucional de Latinoamérica:

El estudio de la historia constitucional en los países latinoamericanos posee una característica común: segmentar los denominados “periodos constitucionales” conforme el tiempo de duración de sus respectivas constituciones. Esto afecta tanto la investigación como la enseñanza del Derecho en general y del Derecho Constitucional en particular, el cual pasa a adoptar una postura extremadamente positivista. Debe entenderse, por el contrario, que cada nacimiento de una nueva Constitución refunda la historia constitucional de un país. Si no tenemos en cuenta los contextos históricos en los que se gestan, los alumnos de derecho que analizan el fenómeno constitucional de forma reduccionista, eso es, como una simple norma jurídica, pierden y no logran adentrarse a la necesaria vinculación con el contexto político y económico que posibilitó ese momento peculiar en la historia del país.

Este segundo requisito, referido a la necesidad del conocimiento de la historia constitucional latinoamericana, es determinante para que el alumno tenga los conocimientos previos para usufructuar con propiedad el método comparativo propuesto. Así es que cubrir la imprescindible brecha que hay en la enseñanza desde los hechos históricos hasta los hechos jurídicos es parte del bagaje cognoscitivo del cual debe proveerse el alumno. Lamentablemente en muchas instituciones de formación se parte del falso dilema de encarar a la Constitución solo como un instrumento jurídico y no entenderla como un elevado documento político que institucionaliza un Proyecto de Nación.

El constitucionalismo latinoamericano en las Ciencias Sociales en general y en las carreras de Derecho en particular, salvo honrosas excepciones –y justamente este carácter excepcional apoya la validez general de la propuesta– ha sido de utilidad hasta hace poco tiempo, más para la historia de constituciones nominales, o sea, enseñar de memoria el articulado de los documentos escritos, que para el análisis de verdaderos procesos de transformación social. Así, Jaramillo sostiene que

En el marco actual del tema –la nueva democracia latinoamericana, el nuevo constitucionalismo latinoamericano– y los datos particulares que se analizaron en el presente trabajo, dentro de las ciencias sociales latinoamericanas, la ciencia latinoamericana del derecho constitucional, no es, marcadamente, ni consciente de la interdisciplinariedad, ni epistemológicamente cons-

ciente, ni vigilante, ni crítica, ni auténticamente latinoamericana o regional [...] los juristas y constitucionalistas se encuentran casi siempre circunscriptos al ámbito de especialidad académica o práctica en la que fueron formados, lo los lleva a limitarse analíticamente en los temas, autores y enfoques previamente circunscriptos por la matriz cognitiva en que se formaron, que es la del constitucionalismo liberal, tradicionalmente predominante, a no tomar en cuenta la experiencia o el criterio de otros cientistas sociales, ni de colegas de otros países latinoamericanos que afrontan y viven.<sup>2</sup>

Por ello, como resalta la autora del pertinente Informe de Investigación, los articulistas, doctrinarios, juristas de nota, constitucionalistas, académicos del derecho y demás autores conocidos, en muchos casos se encuentran desconcertados como representantes más difundidos de la pretendida Ciencia del Derecho Constitucional en Latinoamérica. El mismo texto, al adentrarse en doctrinarios venezolanos, ecuatorianos y bolivianos, concluye que:

Actores (autores) como Brewer Carías, Combellas, Olavarría, los integrantes de la Comisión Jurídica del CONESUP ecuatoriano y el constitucionalista boliviano William Durán frecuentemente se muestran constreñidos a la certidumbre de la norma preestablecida en lo cual, de hecho, se muestra el apego de estos actores a un concepto “racional-normativo” de constitución, en el cual esta ley fundamental se concibe “como un complejo normativo establecido de una sola vez” y a una “ideología del conservadurismo” donde el intelectual del derecho mira al pasado y lo “considera un orden inmutable.”<sup>3</sup>

#### **4. Un método comparativo para la enseñanza del Derecho Constitucional**

Para delimitar el área del Derecho Comparado como rama del Derecho, citamos a uno de los más influyentes en esta temática, Biscaretti di Ruffia, quien señala cuatro (4) finalidades del Derecho Constitucional Comparado:

- a) la satisfacción de exigencias de orden cultural que ayudan a comprender con mayor precisión los lineamientos dogmáticos de la teoría general del derecho, lo cual resulta provechoso incluso a políticos, administradores públicos y conocedores de otras disciplinas sociales;
- b) la mejor interpretación y valoración de las instituciones jurídicas nacionales;
- c) una política legislativa más adecuada, ya que ese conocimiento auxilia a la mejor elaboración

2 Jaramillo Doniush, S. I. (2013). El nuevo constitucionalismo y los rezagos de la ciencia del Derecho constitucional latinoamericano. Recuperado de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20131016020132/Jaramillo.pdf>

3 García Pelayo, M. (1953). *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, p. 34.

técnica de las normas y se aprovecha la experiencia concreta de la aplicación de aquellas. Lo mismo puede afirmarse respecto a las resoluciones judiciales, y

- d) la tendencia a la unificación o aproximación legislativas que, en los últimos años, se ha fortalecido en virtud de que numerosos Estados se agrupan en regiones, como es el caso de la Unión Europea (no trasladable automáticamente al caso latinoamericano).

## 5. El Derecho Constitucional latinoamericano

La necesidad de un *nuevo* constitucionalismo plantea necesariamente la sustitución de un constitucionalismo *tradicional*. A ello agregamos que desde los tiempos de la independencia, hace más de 200 años, y más aún, desde el siglo XX, se encuentran rasgos distintivos de un constitucionalismo latinoamericano. A partir de este razonamiento, la consolidación de un método comparativo constitucional latinoamericano, es un campo *fértil para los* estudiosos del derecho. Consideramos que llegamos a esta situación por las limitaciones que produjo una concepción netamente positivista de la enseñanza del derecho constitucional y, en otras ocasiones, por el deliberado ocultamiento de períodos de nuestra historia constitucional.<sup>4</sup>

Lo que se advierte, sin dudas, es la voluntad integracionista expresada en las constituciones políticas de la gran mayoría de los Estados latinoamericanos:

- a) La Constitución de la Nación Argentina entre las “Atribuciones del Congreso” (establecidas en su art. 75 por la Reforma de 1994) contiene la siguiente: “Corresponde al Congreso: [...] 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.
- b) La Constitución Plurinacional de Bolivia, de 2009, contiene, en la Segunda Parte, Título VIII, Capítulo Tercero: Integración Artículo 265. I. “El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana. II. El Estado fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígena originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo”.
- c) La Carta Fundamental de Brasil en el Parágrafo único, que cierra el Título I acerca “De los Principios Fundamentales”, establece: “La República Federativa de Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, teniendo en vista la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”.

<sup>4</sup> Cholvis, J. F. (2014). *Revisionismo Histórico Constitucional*. Buenos Aires: Fabro, p. 292.

- d) La Constitución Política de Colombia, en su Preámbulo, expresa el compromiso de la Asamblea Nacional Constituyente de “impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”. Y, en el artículo 9 del Título I, que trata “De los Principios Fundamentales”, prescribe que “la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe”.
- e) La Constitución de Costa Rica, en su artículo 121, dispone: “Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: [...] 4. Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos. “Los tratados que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros”.
- f) La Constitución de Ecuador, de 2008, en su artículo 423 contenido en un Capítulo especial sobre “Integración latinoamericana”, prescribe: “La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado”. (Sigue un listado de siete medidas).
- g) La Carta Fundamental de Guatemala, en su artículo 150, prescribe –limitando su voluntad a Centroamérica– lo siguiente: “De la comunidad centroamericana. Guatemala, como parte de la comunidad centroamericana, mantendrá y cultivará relaciones de cooperación y solidaridad con los demás Estados que formaron la Federación de Centroamérica; deberá adoptar las medidas adecuadas para llevar a la práctica, en forma parcial o total, la unión política o económica de Centroamérica. Las autoridades competentes están obligadas a fortalecer la integración económica centroamericana sobre bases de equidad”.
- h) La Constitución Política de Nicaragua, en su artículo 9, declara: “Nicaragua defiende firmemente la unidad centroamericana, apoya y promueve todos los esfuerzos para lograr la integración política y económica y la cooperación en América Central, así como los esfuerzos por establecer y preservar la paz en la región. Nicaragua aspira a la unidad de los pueblos de América Latina y el Caribe, inspirada en los ideales unitarios de Bolívar y Sandino. En consecuencia, participará con los demás países centroamericanos y latinoamericanos en la creación o elección de los organismos necesarios para tales fines”.
- i) La Constitución del Paraguay, quizás la única que no hace referencia a la integración regional o latinoamericana, en el artículo 145, dice en los términos siguientes: “La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”.
- j) La Constitución peruana de 1993, en su artículo 44, luego de especificar los deberes primordiales del Estado, prescribe en su apartado segundo: “Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana,



así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior”.

- k) La Ley Fundamental de la República Oriental del Uruguay, en el segundo apartado de su artículo 6, dispone: “La República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”.
- l) La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999, prescribe, en su artículo 153, lo siguiente: “La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes, etc.”.

Resulta evidente que la mayoría de los países latinoamericanos cuentan con cláusulas constitucionales específicas, bregando por la integración efectiva de Latinoamérica.

## **6. Hacia un método para el estudio del Derecho Constitucional latinoamericano**

### **6.1. Observando el proceso histórico de las constituciones y examinando su esencia**

Como ya dijimos, en primer lugar, debemos partir necesariamente del concepto complejo de Constitución. La formación típica positivista de las escuelas de derecho puntualiza sobre el concepto jurídico-formal de Constitución, que en una primera instancia es necesaria, pero resulta insuficiente si se continúa evaluando el cumplimiento de los fines y objetivos propuestos por las constituciones escritas, que generalmente siempre se refieren a “obtener y garantizar justicia”, “velar por el bien común”, “garantizar el bienestar general”, “la justicia social”, “el Buen Vivir - Vivir Bien” y demás metas comunes de las comunidades políticamente organizadas que poseen constituciones escritas. Estos son cada uno de los países de Latinoamérica o Estados Constitucionales de Derecho latinoamericanos.

El método propuesto, en esencia, es fundamentalmente comparativo. La función primaria de la comparación es el conocimiento y su función secundaria es la utilización de los resultados obtenidos por medio de la comparación para conseguir diversos objetivos, pero el más importante es el de evaluar el cumplimiento de los fines y objetivos que son inmanentes a las constituciones: el cumplimiento de la justicia en su concepción más amplia, entendida como “bienestar general”, por ejemplo en el caso de la Constitución Nacional vigente en Argentina.

Como utilidad para la enseñanza en general del Derecho Constitucional latinoamericano, y específicamente en los claustros universitarios, la comparación entre los modelos constitucionales es un método que permite la adquisición de nuevos conocimientos, esto es, del estudio comparado de ordenamientos o institutos de distintos ordenamientos surgen elementos cognoscitivos que, según los casos, resultan indispensables para el análisis jurídico de las instituciones democráticas. De este modo, el método comparativo ofrece una ayuda válida en la construcción de los conceptos que ayuden a comprender la realidad constitucional latinoamericana contemporánea.

Puede ocurrir que los criterios sean muy variados para elaborar los esquemas de referencia. Se puede partir de un examen empírico de las distintas experiencias constitucionales y, luego, una vez formulados los propios criterios de clasificación, se tiende a insertar en ellos las realidades constitucionales existentes históricamente. Así, por ejemplo, si consideramos la forma de Estado basada en el “Vivir Bien - Buen Vivir”, constatamos que se trata de una fórmula clasificatoria que ha sido teorizada a partir de la observación de las experiencias boliviana y ecuatoriana. El estudio de las analogías y las constantes históricas conduce a la definición de un modelo dotado de elementos identificadores bien precisos.

El alumno, o estudioso del Derecho, debe aprender evaluando si los medios instituidos en cada una de las constituciones son adecuados para cumplir los fines y objetivos propuestos por los convencionales o poder constituyente al momento de sancionarlas.

Es así que el estudiante necesita conocer la concepción política que informa los preceptos constitucionales e igualmente requiere el conocimiento sociológico de la realidad que llevó a la sanción de la Constitución. Como decía el constitucionalista argentino Arturo Enrique Sampay: “La Constitución tiene por finalidad efectuar la justicia, lo que es decir el bienestar del pueblo”, y ello debe ser positivamente valorizado según cómo logra, conforme a las circunstancias históricas, dicho fin.

Por ende, reconocemos que las constituciones jurídico-formales o escritas, son actas solemnes destinadas a perdurar, donde se desarrollarán las pujas entre factores internos, ya sean estos grupos sociales o intereses privados, o externos como el sistema financiero global o los conflictos armados. O sea, que el estudiante debe sustentar su investigación sobre el desenvolvimiento de la Constitución escrita, que en un momento determinado fue la legalización de la Constitución real, a partir de los sucesos políticos en un período o ciclo histórico elegido.

El aprendizaje significativo, que resulta del estudio y análisis de la correlación entre la Constitución escrita (jurídico-formal) y la Constitución real (jurídico-material, o sea la resultante en la práctica de acuerdo a la relación de los factores internos y externos), de cómo funcionan en la práctica, en un momento determinado, qué se aplica y qué no de las constituciones, resulta imprescindible al momento de comparar los modelos constitucionales de los treinta y tres (33) países que componen nuestra Patria Grande. Y uno de los primeros aportes, a partir de este método comparativo, son los *rasgos distintivos* de nuestro Derecho Constitucional latinoamericano. Como dice el chileno Lautaro Ríos Álvarez<sup>5</sup>

---

5 Vicepresidente de la Asociación de Derecho Constitucional de aquel país.

La única manera en que los pueblos latinoamericanos podremos salir del subdesarrollo consiste en unirnos políticamente, en una gran Patria Latinoamericana, tal como lo hicieron hace más de dos siglos las colonias norteamericanas que hoy emergen como la primera potencia mundial.

Previo a todo, tengamos en cuenta que el proceso revolucionario norteamericano es del que surge el primer modelo de “Constitución escrita”. Allí, la fracción de tiempo y espacio para pasar de colonias a un solo Estado Constitucional Federal, fue de pocos años en comparación con nuestros procesos históricos. Aquella fue una verdadera irrupción política (o insubordinación fundante, al decir de Marcelo Gullo), que va desde la declaración de la independencia de 1776, hasta la federalización total de las colonias en el año 1787. Además, a los dos años se produce el segundo proceso revolucionario –constitucional escrito moderno– en París, con el inicio de la Revolución Francesa. Es por ello que cuando inevitablemente comparamos el proceso de Federación de los Estados Unidos de América con el inacabado proceso de integración latinoamericano, proponemos retomar la función útil de la comparación de nuestros más de doscientos años de experiencia constitucional, para, en primer orden, conocernos mejor y, en segundo lugar, rescatar los principios, instituciones de los países latinoamericanos, o a nivel “macro” con los modelos constitucionales que se consideren alcanzan de manera fidedigna el Bienestar General o Justicia Social. Así, interpretando a partir del método comparativo, comenzar a resaltar las emergentes bases jurídicas que resulten conducentes a la prosecución de un Estado Constitucional latinoamericano que efectivice la Justicia Social para los más de 620 millones de personas de Latinoamérica y Caribe.

Sin hacer arqueología constitucional, pero apelando necesariamente al origen de los conceptos que tan cómodamente usamos, amerita comprender los procesos constitucionales, pudiendo diferenciar los que respetan o cumplen con las categorías derivadas de lo que hoy conocemos como poder constituyente originario y derivado. A mediados del siglo XVIII en lo que hoy es Alemania, el gran jurista Emerich Vattel, comienza a desarrollar la diferencia entre poder constituyente y poder constituido, que luego tan claramente terminó de delimitar el abate Emmanuel Sieyès.

Volviendo a la utilidad del método comparativo entre constituciones (siempre con sentido histórico), resulta ineludible para mejorar la calidad evolutiva en términos amplios de los objetivos comunes de nuestro Derecho Constitucional latinoamericano. O sea, la búsqueda y construcción de una futura Constitución de los Estados latinoamericanos, necesariamente abrevará de lo mejor de nuestras experiencias de los más de 200 años que tenemos de búsqueda en este anhelo de justicia para nuestro suelo.

## 6.2. La comparación comienza por la elección de los criterios de clasificación

Estos criterios de clasificación tienen un carácter relativo y no absoluto, ya que se realizan en función de los fines y metas propuestos por el investigador. Las clasificaciones que se lleven adelante son una

operación lógica que tiene por objeto la determinación de unidades de estudio llamadas clases, que a su vez pueden subdividirse en otras.

Como la comparación propuesta se circunscribe a los modelos constitucionales de los treinta y tres (33) países de Latinoamérica y Caribe, el criterio de clasificación, partirá inicialmente de:

- Tipo de Genealogías o matriz de la cual parte: Latinoamérica comparte la herencia Ibérica. Por un lado, la del Imperio español y, por otro, la del portugués. Las repúblicas que se fueron formando hace doscientos años, pueden ser clasificadas según los primeros e inmediatos modelos de constituciones escritas: la de EEUU y la de Francia. Así podemos empezar a clasificarlas en:

- a) unitarias o federales;
- b) directoriales (como lo fue la Constitución de 1795 de Francia) o parlamentarias o presidencialistas.

Así, por ejemplo, podemos decir que la Constitución Nacional de Argentina de 1853, tiene como matriz a la norteamericana y varias (no todas) de las constituciones de la Isla de Santo Domingo, lo que hoy son Haití y República Dominicana, tuvieron a la Constitución de la República Francesa como reflejo o fuente de inspiración –siendo que fue colonia del país galo– e incluso copias exactas de artículos de la Constitución de la Revolución francesa. Su actual artículo 4 dice: “El lema nacional es: Libertad, Igualdad, Fraternidad”, y la Constitución vigente toma como antecedente a la Declaración de la Independencia de 1804, en dicho año adoptan a la semejanza de Bonaparte en Francia, un modelo de organización de los poderes gubernativos, de tipo “imperial francés”. Esta diferenciación es parte de la primera clasificación de las constituciones de Latinoamérica. Posteriormente se generan combinaciones. Así ocurre con las constituciones presidencialistas de matriz norteamericana que incluyeron tribunales específicos para el Control de Constitucionalidad de las leyes, estableciendo entonces un Sistema Concentrado, abrevando de las experiencias del parlamentarismo europeo.

Luego de la primera clasificación según su matriz o genealogía, continuamos, necesariamente con la clasificación por “generaciones”:

- Generación constitucional: son los modelos constitucionales que compartieron los valores, principios, ciclos políticos y económicos que luego vemos reflejados en las constituciones jurídico-formales.

Así, y a título ejemplificativo nada más, encontramos las de comienzos del siglo XX, de Chile de 1925 o México de 1917, que a pesar de la distancia geográfica, pertenecen a los primeros modelos de Constitucionalismo Social Latinoamericano, con diferencias respecto de los modelos de la República de Weimar o de la Revolución Rusa de octubre de 1917.

Esta clasificación amplia, donde encontramos combinaciones, como por ejemplo el caso de Brasil y su modelo de 1891, donde un proceso constitucional de matriz unitaria y monárquica, se combina

con la influencia de la experiencia del Federalismo Norteamericano.<sup>6</sup> Así, esta primera clasificación nos permite ordenar por el ciclo histórico al cual pertenecen las constituciones y la experiencia de la cual abrevaron.

Luego, pasamos a una clasificación que, teniendo en cuenta toda nuestra historia, se focalice en el modo de categorizar o clasificar las constituciones contemporáneas.

La clasificación anterior nos permite decir que la Constitución chilena es producto del plan económico y político que subyacía en la ejecución del Plan Cóndor en Sudamérica, ya que es de esa generación, y, como genealogía, tiene su fuente en el modelo presidencialista norteamericano con un marcado tinte liberal, como las del siglo XIX.

De esta manera, luego de esta primera forma de ordenar las constituciones latinoamericanas, llegamos a las vigentes.

Por ciclos históricos y genealogías, podemos decir que las constituciones de Latinoamérica son en su mayor parte de Genealogía americana, con excepción de la de Cuba, que tiene una matriz “soviética”.

Dando un siguiente paso, para categorizar a las constituciones vigentes, partimos de la recuperación de la Democracia o Salida del Plan Cóndor ejecutado por el Departamento de Estado de Norteamérica que provocó la reducción a un simple papel en la gran mayoría de los casos, o sea se transformaron en constituciones nominales, como en su momento las clasificara Lowenstein. Es entonces cuando las constituciones recuperan su “materialidad”, a partir de la salida de las dictaduras,<sup>7</sup> plasmando de a poco sus proyectos políticos al más alto rango normativo. Comienza el camino de la democracia, y uno de sus primeros pasos fue reformar o sancionar una Constitución acorde a las circunstancias. Podemos decir que las constituciones latinoamericanas desde la década de 1980 en adelante son de la generación del Plan Cóndor.

En suma, a la primera clasificación amplia y general referida a la matriz y generaciones, se continúa con algo inevitable en un jurista. No debemos contentarnos solamente con lo que resulta de los textos normativos, sino, más ampliamente, revisar si parte o todo se cumple efectivamente en la realidad. Pues, como ya dijimos, lo que debe hacer el investigador es cotejar la vigencia de los propósitos de los modelos constitucionales, ya sea en términos generales y amplios (por ejemplo: “Bienestar General”), como a institutos específicos (por ejemplo: derechos de la niñez).

Con respecto a la macro comparación o comparación total de los modelos constitucionales latinoamericanos, se requerirá una profundización y generalización apropiada que, a través de este análisis que es hasta histórico, permita evaluar qué modelo es el más conveniente para contribuir de un modo protagónico a la conformación del Modelo Constitucional latinoamericano.<sup>8</sup>

6 Love, J. L. (1993). Federalismo y regionalismo en Brasil, 1889-1937. En M. Carmagni (coord.), *Federalismos latinoamericanos: México/Argentina/Brasil*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 186.

7 Excepto los casos de Nicaragua y Cuba, que eludieron las consecuencias no queridas del Plan Cóndor.

8 Ya que el paso último o el sentido de análisis es teleológico, puntualizado en que, para garantizar el bien común de nuestra Patria Grande, debemos instituirnos en un Estado Constitucional Latinoamericano.

Este es el último modo de evaluar que se propone, ya que la deuda con nosotros mismos, como Patria Grande inacabada, es justamente apelar a nuestras diversas y ricas experiencias político-constitucionales. Sobre todo a partir de la década del '80, donde la profundización o resurrección de la teoría del poder constituyente originario, reflota con fuerza como una herramienta más en la búsqueda de satisfacción del derecho al Desarrollo de los Pueblos Latinoamericanos.

Precisamos que los estudiantes puedan explicar (para luego poder comparar) la composición de una Constitución. Donde en primer término se encuentra una determinada filosofía política –su núcleo axiológico–, la concepción filosófica que la anima y que indica el bien humano común o fin a perseguir por el Estado en beneficio de los miembros de la comunidad; después, la adecuación de esos principios a la realidad política que lo sustenta.

Será el análisis histórico en el proceso constitucional, mediante un examen revisionista del pasado de cada uno de los países latinoamericanos, lo que permitirá la observación precisa de la Constitución *real* y la presencia de factores internos y externos que la conforman, que son los que fueron delineando las constituciones *escritas*.

Así, el estudiante, munido de herramientas apropiadas e idóneas, derivadas de lo que implica un Estado de Derecho Constitucional, podrá ponderar los distintos modelos constitucionales que se sucedieron a lo largo del siglo XX y XXI. Teniendo en cuenta siempre que la totalidad de los actos humanos se objetiva en instituciones sistémicas que conforman lo que se llama “Estado de Derecho Constitucional” y que la legitimidad auxilia el desenvolvimiento del orden vigente en un momento dado de la comunidad resultando la justificación del poder del Estado, ya que las constituciones y leyes reciben su fuerza moral del hecho de estar ordenadas al bien común. Este es el bagaje que sustenta la formación del estudiante en esta materia, lo que le permitirá indagar todos los modelos constitucionales de nuestra América.

Desde el desafío de evitar la interpretación simplista a la que el constitucionalismo demoliberal somete a la sociedad política, a partir de la igualdad formal de los derechos políticos y ciudadanos que postula, propiciamos la búsqueda de identidades epistemológicas en materia de historia constitucional latinoamericana, que configuran un nuevo paradigma de modelos constitucionales, para ofrecer al mundo. Por ello partimos de un enfoque realista del Estado<sup>9</sup> y el concepto complejo de Constitución.

La inflación legislativa y de normas con las que convivimos nos impone una mirada profunda sobre la operatoria real de los distintos Estados que comprenden Latinoamérica. Este primer paso es utilizado para desentrañar el desenvolvimiento de los estados latinoamericanos a lo largo del siglo XX y XXI. Los Estados funcionan dentro de reglas jurídicas, dentro de ellas, la Constitución. La acción constitucional es legítima cuando concuerda con el fin verdadero de la comunidad política (bien común, justicia social, etc.) e ilegítima cuando apunta a un fin falso o distinto al predeterminado. Por lo tanto, los futuros abogados y mujeres y hombres del Derecho, deben estar formados de tal manera que puedan tener un modelo de referencia en el juicio comparativo. Así,

---

9 Sampay, A. E. (2011). *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires: Docencia, p. 293.

se puede afirmar que existe un derecho constitucional comparado latinoamericano, basado en una idea y en una realidad, en la imperiosa necesidad de hacer frente común a problemas semejantes, a que la región cuenta con múltiples elementos que la cohesionan, a que la idea de la integración latinoamericana ha sido plasmada en muchas de las Constituciones del área, que desde el inicio de la vida independiente se ha manifestado interés por conocer el pensamiento y el desarrollo constitucional de los otros países de la región, y que este interés se ha plasmado en influencias constitucionales recíprocas entre los países latinoamericanos, sin que pueda negarse que son algunas Constituciones las que han predominado en este aspecto.

### 6.3. Cierre del método comparativo propuesto para conocer nuestro Derecho Constitucional latinoamericano

El espacio que va desde la Constitución escrita a la Constitución real, que es donde dirimen su predominio los sectores sociales, se nutre con la “interpretación” de la Constitución. Sin duda, como lo acabamos de decir, hablar de la Constitución es encontrarse en el plano político, y recíprocamente, cuando se adopta una actitud política o una decisión institucional se está utilizando un criterio de interpretación constitucional acorde a determinados intereses.

El Derecho es un producto histórico que no puede ser abordado únicamente desde la exégesis de las normas. Las constituciones y las leyes exponen correlaciones de fuerzas políticas a lo interno del Estado que no cesan con la promulgación de la norma y continúan en cada momento en que la norma es interpretada y puesta en vigor. Además, esa correlación a nivel nacional y latinoamericano constante se encuentra expuesta a las presiones globales, de globalización, o mejor dicho, de globooligarquización, para usar una elocuente categoría del teólogo brasileño Frei Betto.

En definitiva, partimos de un criterio histórico amplio diciendo que en su momento la representación –o delegación de gobierno– fue defendida por Madison, en el N° 10 de El Federalista, con argumentos elitistas en contra de la democracia directa: un “cuerpo de ciudadanos escogidos, cuya sabiduría puede discernir mejor [que una mayoría inculta] los verdaderos intereses de su país”, con lo que pretende conciliar lo inconciliable: soberanía popular y gobierno de elites. Desde una mirada latinoamericana diferente, sostenemos que la democracia no consiste solo en representación, sino en otras formas más activas de participación, criterio que resaltara, en más de una presentación pública, entre otros, Álvaro García Linera, actual vicepresidente de Bolivia.

### 6.4. Guía de interpretación

Nuestro Derecho Constitucional latinoamericano debe ser enseñado e investigado bajo principios de integración. Deben de ser estos los que guíen el método comparativo, desde una perspectiva teleológica, o sea, preservando el fin de integración y adecuando las partes, capítulos, títulos de las respectivas

cartas fundamentales al fin superior de la integración latinoamericana que es un anhelo de los primeros juristas de nuestras repúblicas desde la etapa de la emancipación.

Por lo tanto, la guía de interpretación del método comparativo, se debe sustentar sobre los principios propios de la unión de los Estados latinoamericanos. A los principios internos propios de los actuales Estados latinoamericanos independientes es preciso agregar aquellos que deben orientar la normativa de la integración de tales Estados. Nos parece que, en lugar preferente, debe figurar el principio de la igualdad jurídica de los Estados miembros. La igualdad consiste en el igual derecho de todos ellos a participar en el gobierno, en el órgano legislativo y en los demás órganos que requiera la unión; y también en el igual derecho a participar de todos los beneficios que esta sea capaz de generar. El Tratado Constitutivo de UNASUR (Brasilia, 23 de mayo de 2008) establece en su Preámbulo, como “principios rectores” de la Unión:

Irrestricto respeto a la soberanía, integridad e inviolabilidad territorial de los Estados; autodeterminación de los pueblos; solidaridad; cooperación; paz; democracia; participación ciudadana y pluralismo; derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes; reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible.<sup>10</sup>

## 7. Conclusión

- a) El método comparativo aplicado a la investigación y enseñanza del Derecho Constitucional latinoamericano es el camino que nos permitirá evaluar con propiedad, para juzgar con más precisión el funcionamiento y desempeño de las instituciones de nuestros países en Latinoamérica.
- b) Este método permite un camino de aprendizaje menos apasionado por las posiciones políticas de los estudiantes y docentes. O sea, no sustentado solamente en las respetables opiniones, posiciones o posturas políticas de los docentes, sino que, al proponernos trabajar sobre datos duros podemos, por ejemplo, evaluar las diferencias existentes en los modelos de Poder o Función Judicial en nuestros países, solamente a título de ejemplo.
- c) Por último, destacamos que al buscar conocer nuestro Derecho Constitucional latinoamericano, lo que en realidad procuramos es que se consume definitivamente el sueño de los Libertadores, de que se haga realidad efectiva institucionalizada nuestra Patria Grande Latinoamericana.

<sup>10</sup> Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2015). Publicación anual del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Recuperado de [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_43166-1522-4-30.pdf?151109172731](http://www.kas.de/wf/doc/kas_43166-1522-4-30.pdf?151109172731)



# Los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación: su regulación económica en las constituciones de América Latina



*Micaela Figueredo\**

## 1. Introducción

La orientación del sistema económico de un país se vislumbra en sus constituciones políticas mediante la toma de posición del Estado en lo relativo a la regulación de la economía, sentando las bases y aspectos fundamentales de dicha regulación, y delineando los derechos y las obligaciones derivadas de la explotación y comercialización de los recursos económicos.

En efecto, en la parte dogmática de las constituciones contemporáneas se definen tanto los aspectos identificatorios del Estado (nombre, ideología, simbología, ciudad capital) como su toma de posición respecto de los principales asuntos públicos (relación sociedad-Estado, forma de gobierno, orientación del sistema económico, vinculación con la religión, política inmigratoria, etc.). Se reconocen, asimismo, los derechos de la población, se establecen las garantías en caso de su inobservancia o violación y se delimitan los deberes públicos.<sup>1</sup>

\* Abogada (UBA). Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Maestría en Políticas Públicas (Universidad Torcuato Di Tella). Tutora en la especialización abogacía del Estado (ECAE-PTN, modalidad virtual). Asesora en el Consejo de la Magistratura del PJN. Fue asesora en la Secretaría de Comunicaciones, Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y Comisión Nacional de Energía Atómica.

<sup>1</sup> Rosatti, H. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional: tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, pp. 81-82.

En ese sentido, la regulación es esencial pues la finalidad del derecho público no consiste solo en prevenir el abuso de autoridad, sino también en contribuir a seleccionar los instrumentos normativos que mejor pueden servir para articular las políticas públicas. La ciencia del derecho público está construida sobre el principio de proporcionalidad o de adecuación al fin perseguido de la medida de intervención pública que limita los derechos y libertades de los ciudadanos.<sup>2</sup>

En ese orden, la competencia es necesaria en el sistema capitalista, a condición de que se impulse sobre la base de una igualdad de oportunidades recurrentemente mantenida, pues, de lo contrario, bajo la apariencia de la competencia se esconderán las distintas versiones de la concentración. Y, con la concentración, se pierde la posibilidad de comparar, se cierra el acceso a un mercado diversificado y se extravía la referencia natural de los precios. Por ello, con menor o mayor énfasis, los sistemas capitalistas regulan las condiciones en las que se desarrolla la competencia, procurando evitar la concentración.<sup>3</sup> Así, la política de competencia intenta que potenciales competidores puedan ingresar, reduciendo o limitando las barreras estructurales que puedan existir, en un mercado relevante, es decir, en circunstancias particulares y en un determinado momento.<sup>4</sup>

Así, toda vez que la posición dominante o la situación en la que el oferente no está expuesto a una competencia sustancial resultan perjudiciales para el interés económico general.

Y bajo ese interés económico general, la competencia se defiende porque de este modo se mejora la posición de los usuarios y consumidores en el mercado. En especial, de aquellos que se encuentran en situación de desventaja o desamparo.<sup>5</sup>

En el caso de los servicios de comunicaciones, la efectividad de la competencia estará dada en la medida en que los gobiernos y los reguladores nacionales adopten normativas y políticas públicas para aumentar la diversidad de medios, fomentar el pluralismo de contenidos y evitar la concentración en la propiedad y el control de los medios de comunicación.

Por esos motivos resulta altamente recomendable garantizar la efectividad de esa competencia con la mayor jerarquía normativa posible, como ser, en la Constitución Política de un país.

En ese contexto, el objeto de este trabajo es estudiar las constituciones latinoamericanas en cuanto a las previsiones que contienen para limitar la concentración en la propiedad y control de los medios de comunicación como medio para fomentar la pluralidad y la diversidad de las comunicaciones.

En esta tarea se describirán algunos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su Relatoría Especial en los cuales se advierte sobre la tendencia preocupante en América Latina en lo que refiere a la concentración de la propiedad o el control de los medios de comunicación.

2 Orlanski, L. T. (2006). *Competencia y Regulación*. Buenos Aires: Ad-hoc, p. 153, con citas de Ferrer, J. (2002). *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, p. 203.

3 Rosatti, H. (2010), *op. cit.*, p. 515.

4 Celani, M., Petrecolla, D. y Ruzzier, C. (2003). Desagregación de Redes en Telecomunicaciones: una visión desde la política de defensa de la competencia. En D. Petrecolla y C. Ruzzier (eds.), *Problemas de defensa de la competencia en sectores de infraestructura en la Argentina*. Buenos Aires: Temas-UADE, p. 186.

5 Rosatti, H. (2010), *op. cit.*, p. 517.

## 2. Una aproximación al marco teórico de la concentración en la propiedad y el control de los medios de comunicación

Existen importantes aportes que han permitido alcanzar cierto consenso en cuanto a la definición de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social. La definición “operativa” del Consejo de Europa que alcanza mayor aceptación señala que:

En relación con la concentración en los medios de comunicación, la noción de pluralismo debe entenderse como un espacio dentro del cual se desarrolla una amplia gama de valores sociales, políticos y culturales, opiniones, información e intereses, que encuentran un espacio de difusión a través de los medios de comunicación. El pluralismo puede ser de naturaleza interna, como un espacio dentro del cual se desarrollan una amplia gama de valores sociales, políticos y culturales, opiniones, información e intereses, que encuentran difusión dentro de una determinada organización dedicada a los medios de comunicación. El pluralismo también puede ser de naturaleza externa, a través de un número diverso de organizaciones dedicadas a los medios de comunicación, cada una expresando un particular punto de vista.<sup>6</sup>

Esta definición de concentración en los medios de comunicación es denominada de “naturaleza negativa”, precisamente porque se contrapone a la idea de pluralidad en la difusión de ideas. La con-

6 Comisión IDH (2004). *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2004*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202004.pdf>

Un primer caso especialmente representativo en el marco europeo es “Lentia Informations verein y otros v. Austria” (sentencia del 24 de noviembre de 1993). En este caso, la Corte abordó una serie de peticiones planteadas por personas naturales y jurídicas en contra de Austria en relación con presuntas violaciones del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el caso, los peticionarios habían sido denegados de establecer estaciones de radio y televisión en Austria, pues bajo las normas internas vigentes, ese derecho se encontraba restringido a la Corporación Austríaca de Radiodifusión (*Austrian Broadcasting Corporation*). Los demandantes alegaban que ello constituía un *monopolio*, figura que indicaban era incompatible con el artículo 10 de la Convención Europea. En su petición los demandantes alegaron que el monopolio instaurado en favor de la Corporación Austríaca de Radiodifusión iba en detrimento del pluralismo y la diversidad artística. Afirmaban así que “el verdadero avance hacia la diversidad de opiniones y a la diversidad se alcanzaría solamente mediante una variedad de estaciones y programas”. En su momento, la Corte consideró que el monopolio establecido en Austria era incompatible con el artículo 10 de la Convención: “La Corte ha señalado frecuentemente el rol fundamental de la libertad de expresión dentro de una sociedad democrática, en particular donde, a través de la prensa, ella sirve para impartir información e ideas de interés general, las mismas que el público sobretodo, tiene el derecho a recibir [...] Tal fin no puede ser alcanzado satisfactoriamente a menos que se base en el principio de pluralismo, del cual el Estado es el principal garante.

De todos los mecanismos diseñados para asegurar el respeto de estos valores, es el monopolio público el que impone las mayores restricciones en la libertad de expresión, en este caso haciendo imposible las transmisiones a menos que sean a través de la estación nacional y, en algunos casos, y de manera muy limitada a través de una estación de cable local. El carácter restrictivo de tal medida significa que esta sólo puede justificarse por una necesidad imperante. [...] La Corte considera que las interferencias en este caso no son proporcionales al propósito perseguido y que, de esta manera, no son necesarias para una sociedad democrática”. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=440&IID=2> (Los casos jurisprudenciales más relevantes se encuentran resumidos en: Comisión IDH (2003). *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*. Volumen III. Capítulo III: Jurisprudencia, Sección A: Resumen de la Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la Libertad de Expresión, pp. 103-130, par. 1-72.).

centración es concebida, entonces, como la negación de la pluralidad, marca distintiva de la libertad de expresión en este ámbito. Dentro de este marco, se ha señalado que, sin pluralidad de voces y opiniones, los medios de comunicación masiva no pueden desarrollar un papel positivo dentro de una democracia, dado que el pluralismo es una regla fundamental dentro de las políticas vinculadas a los medios de comunicación social.<sup>7</sup>

De acuerdo con un estudio en el marco de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la anterior definición nos provee dos pautas importantes. Primero, que la concentración de propiedad en los medios de comunicación no puede determinarse solamente a través de factores económicos tradicionales como la propiedad. Segundo, si bien el pluralismo y la diversidad de los medios de comunicación social deben ser protegidos, puede permitirse cierto nivel de concentración en la medida en que este permita a las empresas dedicadas a los medios de comunicación brindar mejores servicios en el mercado.<sup>8</sup>

Desde su primer pronunciamiento sobre el tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que se encuentra prohibida la existencia de todo monopolio en la propiedad o la administración de los medios de comunicación, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar y reconoció que los Estados deben intervenir activamente para evitar la concentración de propiedad en el sector de los medios de comunicación.<sup>9</sup>

Con relación a nuestra región, UNESCO ha encontrado que, históricamente, en América Latina y el Caribe ha predominado un modelo comercial, por lo que la propiedad de los medios de comunicación se ha visto extremadamente concentrada en unas pocas manos. En promedio, en gran parte de la región, casi la mitad de los productos y servicios de los mercados de la información y las comunicaciones de cada país son controlados por un solo proveedor. Según dicho órgano, estudios recientes en países de la región demuestran que los índices de concentración en la propiedad de los medios se mantienen en niveles elevados en buena parte del hemisferio.<sup>10</sup>

La diversidad y pluralidad de medios puede encontrarse en la apertura a nuevos operadores comerciales y comunitarios y en el fortalecimiento y diversificación de las emisoras públicas. Sin embargo, para garantizar un entorno plural y diverso, habilitar la entrada de nuevos operadores no será suficiente si no se adoptan medidas que limiten y disminuyan la concentración de la propiedad de los medios en los países donde existan niveles elevados de concentración.<sup>11</sup>

7 Comisión IDH (2004), *op. cit.*, p. 215.

8 Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (2003), *op. cit.*, p. 30-32.

9 Corte IDH (1985). La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A Nº. 5. Párr. 33-34; Comisión IDH. (2009). *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Capítulo VI (Libertad de expresión y radiodifusión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 117.

10 UNESCO (2014). *Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios: Situación regional en América Latina y el Caribe*. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002290/229042S.pdf>

11 De los Informes Anuales de la Relatoría para la Libertad de Expresión, emanados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos.

Desde tal perspectiva, la Relatoría Especial recomienda a los Estados miembros:

Promover en forma imperiosa una mayor diversidad y pluralismo en el sistema de medios de comunicación, adoptando marcos legislativos y políticas públicas que reconozcan distintos tipos de propiedad y gestión en los medios (comerciales, públicos y comunitarios), así como la exigencia de que los medios estén abiertos a una pluralidad de ideas, opiniones e informaciones.<sup>12</sup>

La necesidad de promover medidas antimonopólicas ya ha sido reconocida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, al aprobar el principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión,<sup>13</sup> según el cual:

Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

La existencia de monopolios u oligopolios públicos o privados constituye un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, como también para la recepción de opiniones diferentes. Tanto la Corte Interamericana como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han manifestado que la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén abiertos a todos sin discriminación o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que estén excluidos del acceso a tales medios.<sup>14</sup> Cuando las fuentes de información están seriamente reducidas en su cantidad, como es el caso de los oligopolios, o bien existe una única fuente, como los monopolios, se facilita la posibilidad de que la información que se difunda no cuente con los beneficios de ser confrontada con información procedente de otros sectores, limitando de hecho, el derecho a la información de toda la sociedad.<sup>15</sup>

12 Comisión IDH (2015). *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, p. 397. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/InformeAnual2015RELE.pdf>

13 La idea de desarrollar una Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión nació en reconocimiento a la necesidad de otorgar un marco jurídico que regule la efectiva protección de la libertad de expresión en el hemisferio, incorporando las principales doctrinas reconocidas en diversos instrumentos internacionales. Luego de un amplio debate con diversas organizaciones de la sociedad civil y en respaldo a la Relatoría para la Libertad de Expresión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre del año 2000. Dicha declaración, constituye un documento fundamental para la interpretación del Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Su aprobación no sólo es un reconocimiento a la importancia de la protección de la libertad de expresión en las Américas, sino que además incorpora al sistema interamericano los estándares internacionales para una defensa más efectiva del ejercicio de este derecho.

14 Comisión IDH (1995). OEA/ser L/V/II.88, Doc. 9 rev. De los antecedentes e interpretación de la Declaración de principios.

15 Surge de los antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios.

En la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, la radio y la prensa escrita, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático.<sup>16</sup>

Al respecto, la CIDH y su Relatoría Especial han indicado que, si los medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por solo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, o solo una, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia.<sup>17</sup>

Por otra parte, el Principio 13 de la Declaración de Principios señala que

La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.

Asimismo, la Relatoría para la Libertad de Expresión ha desarrollado el informe acerca de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social y su impacto sobre la libre circulación de ideas. Específicamente en el Informe Anual del año 2004<sup>18</sup> se expresó que:

La existencia de monopolios u oligopolios públicos o privados constituye de esta forma un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, así como para la recepción de opiniones diferentes. En efecto, si estos medios están controlados por un número reducido de individuos o sectores sociales, o bien por uno solo, se genera una carencia de pluralidad que impide el funcionamiento de la democracia. La democracia requiere del enfrentamiento de ideas, del debate y de la discusión. Cuando este debate es inexistente o se encuentra debilitado porque las fuentes de información son limitadas, se ataca “el pilar principal del funcionamiento democrático”. La concentración es un fenómeno de naturaleza fundamentalmente económica. Cuando

<sup>16</sup> Surge de los antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios.

<sup>17</sup> Comisión IDH (2003). *Justicia e inclusión social. Los desafíos de la democracia en Guatemala*. Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/GUATEMALA.2003.pdf>

<sup>18</sup> Comisión IDH (2004), *op. cit.*

la concentración no es adecuadamente regulada en un determinado sector, ésta deviene en oligopolios, o en casos extremos, en monopolios. La concentración encierra un fenómeno paradójico para la eficiencia de los mercados. Por un lado, ella reduce el número de participantes en los mismos, pero por otro, ella permite la existencia de unidades económicas más grandes, las cuáles en muchos casos se encuentran financiera y estructuralmente mejor equipadas para afrontar las demandas y riesgos de una economía globalizada”. En ese orden, la Relatoría para la Libertad de Expresión ha instado a los Estados a adoptar medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar el pluralismo, incluyendo normativa que prevengan la existencia de monopolios públicos o privados.<sup>19</sup>

En ese contexto, en ciertos países de Latinoamérica se verifica el resultado de un proceso de varios años que culminaron con la aprobación de una serie de reformas constitucionales para dotar de protección constitucional y establecer limitaciones a la concentración de la propiedad de los medios, bajo los estándares internacionales en la materia.

### 3. Las reformas constitucionales en América Latina

Algunos países de América Latina han introducido reformas constitucionales en relación a la regulación económica de los servicios de comunicaciones y la limitación de la propiedad de los medios y su concentración.

#### a) Bolivia:

En Bolivia, la prohibición de conformar, de manera directa o indirecta, monopolios u oligopolios de los medios de comunicación tiene jerarquía constitucional.

En efecto, la Constitución Política de Bolivia<sup>20</sup> establece que los medios de comunicación social no podrán conformar, de manera directa o indirecta, monopolios u oligopolios. Además, los medios de comunicación social deberán contribuir a la promoción de los valores éticos, morales y cívicos de las diferentes culturas del país, con la producción y difusión de programas educativos plurilingües y en lenguaje alternativo para discapacitados. La información y las opiniones emitidas a través de los medios de comunicación social deben respetar los principios de veracidad y responsabilidad. El Estado apoyará la creación de medios de comunicación comunitarios en igualdad de condiciones y oportunidades.<sup>21</sup>

Relacionado con la estructura y la organización económica del Estado boliviano la Constitución señala que el modelo económico es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de

19 Comisión IDH (2015), *op. cit.*, pp. 30 y 31.

20 Con las reformas introducidas en octubre de 2008.

21 Artículo 107 de la Constitución Política de Bolivia.

todas las bolivianas y los bolivianos, y esta economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo.<sup>22</sup> En la misma línea, se prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios.<sup>23</sup>

#### **b) Brasil:**

La Constitución Política de la República Federativa de Brasil contiene un capítulo específico sobre la comunicación social.

En ese sentido, entre otras disposiciones, se establece categóricamente las diversas regulaciones que debe contener la ley federal en cuanto a estos servicios, previendo específicamente que los medios de comunicación social no pueden, directa o indirectamente, ser objeto de monopolio u oligopolio.<sup>24</sup>

Asimismo, se limita la propiedad de las empresas de servicios de comunicación audiovisual a los brasileños. Así, se expresa que la propiedad de empresas periodísticas y de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes es privativa de brasileños de origen o naturalizados hace más de diez años, a los cuales corresponderá la responsabilidad por su administración y orientación intelectual.<sup>25</sup>

#### **c) Chile:**

La Constitución de Chile<sup>26</sup> asegura a todas las personas los derechos individuales, entre los cuales se reconoce el derecho fundamental de emitir opinión y el de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deber ser de quórum calificado.

Asimismo, se prevé específicamente en la Constitución los lineamientos que debe contener la ley que lo reglamente, en particular, solo refiere al monopolio estatal de los medios de comunicación, no conteniendo ninguna previsión en cuanto al monopolio privado de estos. En ese sentido, expresa que “en ningún caso podrá establecerse un monopolio estatal sobre los medios de comunicación social”.<sup>27</sup>

#### **d) Ecuador:**

La Asamblea Nacional de Ecuador aprobó, el 3 de diciembre de 2015, quince enmiendas a la Constitución entre las que se encontraba la inclusión de la comunicación como servicio público, que ya estaba contenido en la Ley Orgánica de Comunicación de ese país.

---

22 Artículo 306 de la Constitución Política de Bolivia.

23 Artículo 314 de la Constitución Política de Bolivia.

24 Artículo 220, inciso 5° de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil.

25 Artículo 222 de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil.

26 Según el texto actualizado a octubre de 2010.

27 Artículo 19, inciso 12°, de la Constitución de Chile. Este inciso fue modificado por el artículo único, N° 5, de la Ley de Reforma Constitucional N° 18825 del año 1989.



Así, dicha reforma incorpora a la comunicación como un servicio público que se prestará a través de medios públicos, privados y comunitarios. El sistema se conformará por las instituciones y actores de carácter público, las políticas y la normativa; y los actores privados, ciudadanos y comunitarios que se integren voluntariamente a él. El Estado formulará la política pública de comunicación, con respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos.<sup>28</sup>

En ese orden, los servicios públicos y su provisión responden a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.<sup>29</sup>

En cuanto a la garantía de pluralidad y diversidad, la Constitución ecuatoriana garantiza a todas las personas, en forma individual o colectiva, el derecho a la creación de medios de comunicación social y el acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas; así como el acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad.<sup>30</sup>

Por su parte, el Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación y, al efecto, no permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias.<sup>31</sup>

En cuanto a las disposiciones relacionadas con los intercambios económicos y comercio justo, se prevé que el Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.<sup>32</sup>

#### **e) México:**

En materia de radiodifusión y telecomunicaciones la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que las telecomunicaciones son servicios públicos de interés general, por lo que el Estado garantizará que sean prestados en condiciones de competencia, calidad, pluralidad, cobertura universal, interconexión, convergencia, continuidad, acceso libre y sin injerencias arbitrarias.

La radiodifusión es un servicio público de interés general, por lo que el Estado garantizará que sea

---

28 Artículo 384 de la Constitución de la República del Ecuador.

29 Artículo 314 de la Constitución de la República del Ecuador.

30 Artículo 16, incisos 3 y 4, de la Constitución de la República del Ecuador.

31 Artículo 17 de la Constitución de la República del Ecuador.

32 Artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador.

prestado en condiciones de competencia y calidad y brinde los beneficios de la cultura a toda la población, preservando la pluralidad y la veracidad de la información, así como el fomento de los valores de la identidad nacional.<sup>33</sup>

Los lineamientos constitucionales para la reglamentación por parte del Instituto Federal de Telecomunicaciones y de la Comisión Federal de Competencia Económica en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, se establecen a los efectos de regular de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre competencia; imponer límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, la concesión y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que sean concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica, y ordenar la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de estos límites, garantizando la libertad de expresión.<sup>34</sup>

En esa línea, las directivas constitucionales para la concesión de los recursos finitos para la prestación de los servicios de comunicación a través de los mecanismos y procedimientos establecidos. En ese sentido, prevé que las concesiones del espectro radioeléctrico serán otorgadas mediante licitación pública, a fin de asegurar la máxima competencia, previniendo fenómenos de concentración que contraríen el interés público y asegurando el menor precio de los servicios al usuario final; en ningún caso el factor determinante para definir al ganador de la licitación será meramente económico. Las concesiones para uso público y social serán sin fines de lucro y se otorgarán bajo el mecanismo de asignación directa conforme a lo previsto por la ley y en condiciones que garanticen la transparencia del procedimiento.

Expresa los lineamientos de la ley que lo reglamente señalando, en particular, que las conductas vinculadas con prácticas monopólicas configuran una causal de revocación del título de concesión.<sup>35</sup>

#### **f) Perú:**

Una de las partes más importantes de la Constitución política de Perú es la destinada a establecer el régimen económico constitucional, el que presenta un régimen constitucional social de mercado.<sup>36</sup> Dicha economía social de mercado, posee, entre otras características, la libertad de ejercer la actividad económica, la intervención subsidiaria del Estado en la economía, con el deber de vigilar y facilitar la libre competencia, además de la protección de los consumidores.

33 Artículo 6, punto B, de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos. Adicionado mediante Decreto del 11 de junio de 2013.

34 Artículo 28, párrafo 16°, de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos. Adicionado mediante Decreto del 11 de junio de 2013.

35 Artículo 2, párrafo 18°, de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos. Adicionado mediante Decreto del 11 de junio de 2013.

36 Artículo 58 de la Constitución de Perú.

El Estado reconoce el pluralismo económico en el que la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.<sup>37</sup> Facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. En particular, la prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.<sup>38</sup>

### **g) El caso de Argentina:**

En nuestro país la última reforma constitucional de 1994 no incorporó –específicamente– la prohibición de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte de las empresas o el Estado de los servicios vinculados con la libertad de expresión y con la comunicación.

En el contexto propuesto por la Constitución de 1853, de libertad de empresa,<sup>39</sup> la reforma constitucional de 1994 orientó a las autoridades a proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados.<sup>40</sup> Consagrándose, de esta manera, tres pilares del sistema de competencia efectiva: la libertad de elección del consumidor, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y el control de los monopolios legales o naturales. Respecto de este último, la Constitución argentina toma partido por el sistema del abuso o del control del mismo.<sup>41</sup>

La imposición constitucional del Estado de limitar la libertad de empresa halla su razón fundamental en que la competencia es quizás la fuerza más poderosa hacia la eficiencia económica y hacia el cambio e innovación tecnológica en beneficio del interés público, que es, precisamente, el objeto de la actuación de la Administración pública.<sup>42</sup>

---

37 Artículo 60 de la Constitución de Perú.

38 Artículo 61 de la Constitución de Perú.

39 En la Constitución argentina de 1853-1860 no existía referencia expresa a la “competencia” como hoy se la conoce. Empero, el artículo 14 reconoce un principio fundamental del sistema constitucional: el de la libertad de ejercer toda industria y comercio lícito.

40 Artículo 42 de la Constitución argentina.

41 La primera legislación antimonopolio es la Ley Sherman sancionada el 2/7/1890 que declara ilegal y reprime los trust o prácticas colusorias y los monopolios en el comercio. El segundo hito de nuestra disciplina es el Tratado de Roma de 1958 que estableció la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea). En este cuerpo legal, en sus artículos 81 y 82 se desarrolla la legislación de defensa de la competencia en el Mercado Común. En el tratado se establecen dos tipos de prácticas anticompetitivas: los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas anticompetitivas y el abuso de posición dominante. El monopolio en el derecho americano es reprimido per se, mientras que en el régimen europeo es prohibido en tanto que se ejerza abusivamente el poder de mercado que deriva del monopolio. El sistema americano ataca la estructura del mercado, en tanto que el sistema europeo controla las conductas derivadas de una estructura determinada. Este último sistema que la doctrina denomina de la “prohibición” o del control del abuso fue plasmado en la Constitución Nacional en la reforma de 1994 (Martínez Medrano, G. (2002). *Control de los monopolios y defensa de la competencia*. Buenos Aires: Depalma, pp. 24-25).

42 Orlanski, L. T. (2006), *op. cit.*, p. 33.

## 4. Conclusiones

Teniendo en cuenta la descripción de los regímenes constitucionales de algunos países de Latinoamérica efectuado precedentemente, se advierte –preliminarmente– que muchos Estados han incorporado una serie de reformas en sus constituciones políticas y han introducido la cuestión de la concentración de los medios de comunicación en su texto, en línea con las recomendaciones y con los estándares de derechos humanos sentados por los organismos internacionales.

Sin embargo, en la Constitución de nuestro país aún no hay referencias precisas y concretas en cuanto a ello para dotar de protección constitucional y establecer limitaciones de mayor jerarquía normativa a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación.

Así, es factible sostener que este aspecto fundamental en la regulación de los servicios de comunicación, tanto telecomunicaciones como servicios de comunicación audiovisual, puede ser una medida necesaria para fomentar la pluralidad y la diversidad en la regulación de la concentración en la propiedad y el control de medios de comunicación.

# Derecho constitucional y colonialismo en América Latina: reflexiones en torno al constitucionalismo social



*Eduardo Rojas\**

## 1. Introducción

El contexto político actual de nuestra región propicia, una vez más, que reflexionemos respecto de la teoría y la práctica jurídica con la que contamos en nuestros países. En tanto partícipes de la lucha política, los saberes y prácticas del campo jurídico también se inscriben en una disputa que, en última instancia, planteamos, responde a estructuras de poder históricamente coloniales.<sup>1</sup> La toma de conciencia de este derrotero histórico del derecho abre la brecha para generar otras formas de constitución y apropiación de las relaciones sociales concomitantes a procesos políticos de oposición al mentado colonialismo.

\* Abogado (UBA). Ayudante de Segunda de Teoría General del Derecho, titular Barcesat, (Facultad de Derecho, UBA). Maestrando en Derechos Humanos (Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México). Becario (Clacso-Conacyt).

1 Zaffaroni, E. R. (2015). *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo; Zaffaroni, E. R. (2016). *América y su porvenir jurídico*. Buenos Aires: Ediar, pp. 111-119.

En este sentido, el derecho en América Latina, al igual que en el resto del mundo, ha sido utilizado de manera hegemónica como un instrumento de dominación.<sup>2</sup> A esta afirmación cabe hacerle, al menos, dos aclaraciones: la primera que al decir “hegemónica” nos referimos a que no de manera exclusiva, pues es posible rastrear un uso alternativo del derecho;<sup>3</sup> la segunda que, a diferencia de otras partes del mundo, la situación colonial de América Latina –compartida por Asia y África– ha generado un derecho colonial, razón por la cual, la dominación que se intenta imponer en nuestro continente da forma al derecho latinoamericano –mecanismo de reproducción de tal imposición–. En la argumentación que estamos siguiendo, se nos presenta como necesario poder reconocer que: 1) América Latina tiene una (id)entidad propia; 2) existe un proceso de dominación externo a América Latina; 3) tal dinámica de poder es colonial; 4) que la dominación colonial genera un derecho colonial. Todos estos son presupuestos bajo los cuales trabajaremos en el presente escrito para poder desarrollar otro punto: la negación de tal derecho colonial por medio de un derecho anticolonial. En el presente caso quisiéramos inscribir al constitucionalismo social nacido en México en 1917 en esta tradición jurídica.<sup>4</sup>

La propuesta de mirar al constitucionalismo mexicano de principios del siglo pasado obedece, más que a la celebración de su centenario –5 de febrero–, a re-pensar la historia del derecho (constitucional) en Nuestra América. Máxime, considerando que actualmente se ha abierto un nuevo capítulo en referencia a las constituciones de Venezuela (1999) y muy especialmente de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), por cuanto han generado nuevas formas de organización del Estado y la democracia. Reconociendo, entre otros, derechos a la pachamama.<sup>5</sup> Es por ello que ponemos de manifiesto la causalidad de la innovación constitucional latinoamericana, sea a principios del siglo XXI o XX. Volviendo, estas constituciones, al igual que la mexicana de 1917 marcan puntos de quiebre en tanto reflejos de procesos políticos reivindicativos de las demandas de los sectores populares, los cuales guardan dentro de sí una posición ideológica<sup>6</sup> de nación, soberanía, derecho, etc. Esta posición ideológica es la que entendemos como contestataria del colonialismo.

En este sentido, vale repensar la constitución mexicana como partícipe de un derecho anticolonial. Además, ayuda a construir otra óptica desde la cual entender nuestra historia constitucional –punto

2 Correas, O. (2003). Eficacia del derecho, efectividad de las normas y hegemonía política. En A. Cuéllar Vázquez y A. Chávez López. (coords.), *Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho*. México: Coyoacán, pp. 57-76.

3 En torno al *uso alternativo del derecho* podría abrirse un campo de reflexión respecto de la legalidad instaurada y la denuncia político-jurídica a esa legalidad. Esto es, que puede verse en Bartolomé de las Casas este uso alternativo, así también en Ortega Peña y Duhalde, donde con diferentes estrategias se utiliza el derecho aceptado como tal e instaurado desde el sector hegemónico, con miras a obtener fines distintos para los cuales fue creado, es decir, para efectivizar derechos de los excluidos. Por otra parte, podrían plantearse los casos de José Gervasio Artigas con su decreto de 1815 de regulación de la posesión y propiedad de la tierra o la Constitución de Cuba actual, donde sendos instrumentos jurídicos son la legalidad hegemónica hacia dentro de cada Estado y, verlos como usos alternativos del derecho, revela en mayor medida las contradicciones de un capitalismo racista y patriarcal.

4 Siguiendo la argumentación de Zaffaroni, bien podría decirse, en términos actuales, un derecho de independencia subsumido en el derecho humano al desarrollo.

5 Esto es que pensando la propia realidad inmediata –la latinoamericana– se han generado formas jurídicas que nacen de ella.

6 Aclaremos que utilizamos el término *ideología* no como falsa conciencia, sino más bien como epistemología.

que también define, en buena medida, los horizontes susceptibles de ser propuestos—. A su vez, posibilita sintetizar tal bagaje de experiencia jurídico-política en miras a pensar los nuevos procesos constitucionales venideros. Esto es, aquellos en los cuales se considere al colonialismo como obstáculo para el derecho humano al desarrollo.<sup>7</sup>

## 2. Modernidad, colonialismo y derecho

Intentaremos abrir algunos campos de reflexión necesarios para poder contextualizar al constitucionalismo social mexicano en la tónica propuesta. Aclaremos que el ámbito en el cual se inscribe la sociedad colonial es propiamente moderno, mas no todo el mundo partícipe de la modernidad es colonial. Vistas así las cosas, primeramente tocaremos puntos propios de la modernidad toda, para luego sí enlazarlos con nuestro mundo y derecho colonial.

Comenzando, brevemente diremos que la invención de América<sup>8</sup> —su creación como entidad histórica—, su inserción en la geopolítica medieval,<sup>9</sup> la consecuente aparición de un sistema mundo,<sup>10</sup> la articulación a un sistema patriarcal<sup>11</sup> y racista,<sup>12</sup> produjo (y sigue produciendo) que la materialidad de las tierras que hoy día ocupamos tenga una significación<sup>13</sup> y una sujeción a una estructura de poder que con todas las características denotadas resumiremos como *colonial*.<sup>14</sup> Desde esta significación y sujeción dada, se ha desarrollado la historia, la política, la economía, el derecho, etc. de América Latina. Poner de manifiesto este proceso de invención/dominación *ideológica* es necesario, pues dejar de naturalizar hechos objetivados socialmente permitirá descubrir ficciones impuestas susceptibles de ser cuestionadas y modificadas.

### a) Ideología, derecho y Estado

Será necesario entonces analizar la específica relación existente entre la ideología y el derecho, para entender el proceso de formación de este último. Diremos que el derecho en tanto ideología es tan real como la materia.<sup>15</sup> Mas aclaramos de una vez: el derecho no es propiamente ideología, sino más bien

7 Ver nota 4.

8 En los términos en los que lo establece O’Gorman, E. (2006). *La invención de América*. México: Fondo de Cultura Económica.

9 Dussel, E. (2007). *Política de la Liberación. Historia mundial y crítica*. Madrid: Trotta.

10 Wallerstein, I. (2006). *Análisis del sistema mundo*. Buenos Aires: Siglo XXI.

11 Federici, S. (2011). *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Buenos Aires: Tinta Limón.

12 Quijano, A. (2003). Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina. En E. Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: Clacso, pp. 201-242.

13 En este sentido se desarrolla el último capítulo del libro de O’Gorman.

14 Hacemos dos aclaraciones: en primer lugar que el eje principal del sistema colonial es el capitalismo financiero transnacional; en segundo término que el colonialismo y la dependencia no son equivalentes, donde la última trata de un entrelazamiento en el nivel de las relaciones de producción entre los grupos dominantes tanto de las sociedades periféricas como las del centro, sin dejar de reconocer la dimensión nacional de tales contradicciones, y el primero denota una estructura de dominación social que incluye a aquella como eje, mas encierra dentro de sí otras dinámicas de poder como las referenciadas.

15 Correas, O. (1987). Kelsen y las dificultades del marxismo. *Revista Crítica Jurídica* (5), pp. 51-78.

una creación ideológica: el derecho es un discurso. Por vía de consecuencia, y sintetizando, en tanto discurso, es producido por una determinada ideología que, a su vez, se fundamenta en una realidad social la cual se presenta como trasfondo ontológico. En nuestro caso, una sociedad latinoamericana colonial fundamenta una ideología colonial creadora de un derecho de tal misma característica.

Creado el discurso jurídico (derecho), Correas nos recuerda que “el estado no existe antes de que alguien produzca el discurso ficcional. Consecuentemente, el discurso del derecho es anterior a la existencia del estado. No es éste quien crea a aquél, sino al revés”.<sup>16</sup> El discurso jurídico se produce en base a una determinada ideología que se inscribe dentro de la lucha política. Producir el discurso jurídico (ficción) es producir al Estado (ficción) y esto hace que la gente actúe de acuerdo a lo que estos discursos establecen (eficacia del lenguaje), punto que denota reproducción de poder. Afirmamos entonces: el derecho tiene como finalidad la reproducción del poder<sup>17</sup> o, en otros términos, la creación de hegemonía política.<sup>18</sup>

Así, la relación entre ideología, derecho y Estado nos será de suma importancia para comenzar a analizar el caso mexicano de 1917. Por lo pronto, recordamos que desde la línea que estamos trabajando, el eje articulador de la estructura de dominación social colonial es el capitalismo en su fase financiera transnacional, por lo cual allí también encontraremos una ideología articuladora de las demás formas de dominación referenciadas.

## b) Derecho y ficciones<sup>19</sup>

Nacido en una realidad concreta y bajo una ideología moderna, el derecho toma ciertas características de fondo sobre las cuales haremos primeramente algunas notas generales. A los fines de entender cuáles son aquellos elementos fundamentales –principios, pilares– sobre los cuales el Derecho moderno se erige, se presentaran los conceptos de: *igualdad*, *libertad* y *propiedad* en su sentido jurídico. Antes del referido análisis es necesario recordar una de las *lentes* u operaciones que en el Derecho se realiza y sobre la cual se articulan los principios que siguen: la abstracción. Por abstracción entendemos el desligar las relaciones sociales que se establecen en una matriz de producción capitalista y las regulaciones jurídicas. Esto es, desligar –¿ocultar?– las relaciones sociales de las relaciones jurídicas.

En la medida en que la relación jurídico-formal se separa de la relación social que le da nacimiento –y repetimos que tal separación es el modo de manifestarse la generalización de la relación socioeconómica– puede ella, dentro de ciertos límites, llegar a adaptarse como expresión

16 Correas, O. (2003), *op. cit.*, p. 63.

17 “Si un grupo en el poder consigue que este proceso discursivo realmente se produzca, sin duda tiene ese poder. Y lo reproduce por medio de esta ideología. La eficacia propia del derecho, consiste, entonces, en la reproducción del poder de alguien. El poder se reproduce gracias a este complejo proceso discursivo, el cual puede resumirse en la también compleja idea de la ficción que legitima legalizando el discurso-conducta del poderoso quien, así, y por eso, reproduce su poder. La eficacia del derecho consiste, entonces, en la reproducción del poder”. Correas, O. (2003), *op. cit.*, p. 65.

18 *Ibidem*, p. 74.

19 En relación a la nota 14, este breve apartado tiene en consideración el nivel económico del derecho moderno.



de otras relaciones sociales, diferentes tanto por su contenido cuanto por el contexto estructural en el que ellas se desarrollan.<sup>20</sup>

En cuanto a la *igualdad*: al establecer una norma igual y un igual tratamiento para unos y otros el derecho positivo moderno, en nombre de la igualdad abstracta de todos los *hombres*,<sup>21</sup> consagra en realidad las desigualdades concretas. En este sentido, nos ilustra Vilas:

el derecho burgués al basarse en la abstracción de la práctica social, disimula las desigualdades concretas, reales, las desigualdades que son producto de la antagónica inserción de los hombres en las relaciones de producción [...] es un derecho igual que consagra las desigualdades reales en nombre de la igualdad abstracta, formal.<sup>22</sup>

La relación capital/salario, existe en tanto y en cuanto hay una privatización de los medios de producción. Lo que es lo mismo que decir que tal privatización genera la irresoluble dicotomía capital/salario. Entonces, en el derecho, el fin de la comunidad política (en lo que respecta al área del control del trabajo) es la defensa de esta propiedad privada, asegurando la desigualdad material de quienes participan de la relación capital/salario de modo inmediato y mediato.

*Libertad*: en la ideología liberal, la libertad cobra significado respecto del punto anterior. Esto es, más que libertad de las gentes por no reconocer señoríos, la libertad se significa en cuanto a la separación de los medios de producción de la gran mayoría de la población, por parte de una minoría. A partir de aquí se construye la idea de libertad contractual, asociada a la idea de autonomía de la voluntad, ficciones ambas que no consideran las relaciones de poder existentes en el control del trabajo, sus recursos y productos.

Como consecuencia de estos dos pilares del Derecho moderno hasta ahora descrito, puede decirse que el mismo se conforma por normas generales, abstractas e impersonales. Es unívoca la concepción del Derecho: la ley es el Derecho.

*Propiedad*: aquí juega un papel importante la abstracción antes referida, en cuanto que la categoría de propiedad privada del derecho romano fue tomada por la escuela de los glosadores del siglo XII para ser aplicada a la sociedad europea y luego exportada a casi todo el mundo. ¿Cómo es que la propiedad *privada* fue recogida jurídicamente en el modo como la conocemos hoy día? La incipiente burguesía del siglo XII realizó una adaptación de las instituciones jurídicas romanas a la realidad de la sociedad feudal que comenzaba su recorrido hacia la sociedad burguesa. En lo central dos son los ejes que a la sociedad europea de los siglos XII y XIII le presentaron mayor beneficio: la protección de la propiedad

20 Vilas, C. M. (1974). *Derecho y Estado en una economía dependiente*. Buenos Aires: Guadalupe, p. 39.

21 El uso del género epiceno en los instrumentos jurídicos, lejos de ser un estilo de redacción, refleja una exclusión de orientación política respecto de la mujer.

22 Vilas, C. M. (1974), *op. cit.*, p. 33.

terratiente y la regulación contractual.<sup>23</sup> Dentro del primer plano se encuentra la regulación de la posesión y la propiedad y de cómo el hecho de la primera se convierte en el derecho de la segunda. En términos concretos de cómo los señores feudales podían poseer –por sí o por interpósita persona– tierras comunes y convertir tal posesión en propiedad privada para sí. En el segundo caso, las relaciones mercantiles de la incipiente burguesía se vieron dotadas de mayor seguridad jurídica, en tanto que el derecho germano no contaba con una esfera de derecho contractual, siendo a su vez la reivindicación –*vindicatio romana*– otorgada a estos poseedores de bienes muebles.

Al ser natural la apropiación de la propiedad en propiedad privada –según Locke–,<sup>24</sup> también lo es la no apropiación, en otros términos, así como es natural la calidad de propietario, también lo es la calidad de no propietario. Dándose así la negación de la supuesta igualdad natural. Como consecuencia final lo que se oculta es la diferencia entre la propiedad privada de los medios de producción y los bienes de uso y consumo. Diferencia esta que nunca es planteada en la clasificación que se hace de las cosas en el derecho:

en la medida que el derecho positivo encubre esa diferencia, encubre la raíz misma de la sociedad capitalista. Pues es evidente, que no es lo mismo ser propietario de un automóvil que ser presidente del directorio de la General Motor, ni es lo mismo ser propietario de una refinería de petróleo que ser dueño de una lámpara a querosén... No se trata de un problema de magnitudes, sino del carácter social de los medios e instrumentos de producción, y no solo por su destino sino también por su origen, en cuanto son producto del trabajo social, de la actividad productiva coordinada de toda la sociedad.<sup>25</sup>

### c) Colonialismo y derecho

Diremos que las dinámicas mencionadas del derecho en relación a la ideología y las ficciones que se crean por lo hasta aquí expuesto, bien pueden aplicarse a cualquier parte del mundo occidentalizado. América Latina como parte de ese mundo tiene la diferencia de ser colonial, razón por la cual su derecho se basa en las ideas de libertad, igualdad y propiedad, mas tomando una forma distinta que el de las sociedades del centro.

Nuestras sociedades son víctimas del capital multinacional que funciona en beneficio exclusivo de las empresas transnacionales y capital financiero a las cuales las minorías dominantes en cada uno de nuestros Estados se alían. A su vez, dentro de cada Estado latinoamericano, las contradicciones y correlación de fuerzas propias de cada sociedad hacen que no sea siempre homogéneo en todo el continente quiénes logran obtener el control de este. Así, las situaciones específicas de dependencia

23 *Ibidem*, pp. 51-52

24 En su segundo ensayo sobre el Gobierno Civil. En este sentido es más que ilustrativo el trabajo de Hinkelammert, F. (2000). La inversión de los derechos humanos. El caso de John Locke. En J. Herrera Flores (ed), *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Descleé De Brouwer.

25 Vilas, C. M. (1974), *op. cit.*, p. 59.

económica son distintas en cada oportunidad, más los cambios propios que a cada una de estas situaciones devienen. Variando el modo de dependencia, varía el modo de ejercerse el colonialismo. Por tal razón, bien puede decirse que el problema de la dependencia económica es en el fondo uno de clases en el plano internacional, sin dejar de lado que tal dependencia se operativiza en función del control del Estado, donde la dimensión nacional pone de manifiesto que los grupos dominados en cada Estado deben desplazar primeramente a la propia clase dominante.<sup>26</sup>

El derecho que tiene como finalidad la reproducción del poder –construcción y mantenimiento de hegemonía política–, resguarda la alianza que las minorías locales realizaron con los grupos dominantes imperiales, formalizando o legalizando la dependencia misma en un primer momento y el colonialismo en la totalidad. Como siempre, una determinada ideología es la que da lugar a un derecho específico, por lo que la forma del derecho no es capricho ni deseo de los grupos dominantes en los Estados latinoamericanos, ni de los grupos a los que estos se alían, es necesidad de la estructura de dominación social imperial y, desde nuestro lado, colonial.

### 3. Constitucionalismo social mexicano<sup>27</sup>

Pensamos entonces que, desde un devenir dialéctico, tal estructura de dominación social, genera su propia negación. Tal negación, a su vez genera su propia legalidad, o –para continuar utilizando los mismos términos– un discurso jurídico negador del anterior. El caso más exitoso en América Latina consideramos es Cuba.<sup>28</sup> Decir el más exitoso y no el único, radica en entender a los mentados procesos políticos –revolucionarios (??)– con distintos grados de realización en su devenir dialéctico. Así, la revolución haitiana de fines del siglo XVIII, la mexicana de principios del XX y la cubana de mediados del mismo, reflejan ejemplos de estos. En términos más concretos arriesgamos que la negación radica en la modificación de la estructura de dominación social generadora de desigualdades, donde el Estado toma una posición diametralmente opuesta a la del gendarme.

Hacia fines del siglo XIX

países como México se encontraron inmersos de pronto en las contradicciones enunciadas, pero simultáneamente sujetos a una vinculación económica dependiente de los Estados Unidos y de Europa que se complementaba con una franca inducción ideológica hacia el liberalismo, situación que si bien creaba contradicciones en los países desarrollados también había generado

<sup>26</sup> Vilas, C. M. (1974), *op. cit.*, p. 76.

<sup>27</sup> Recordamos que, para entender la forma de las normas y del discurso jurídico todo, es necesario comprender, en última instancia, las relaciones sociales a partir de las cuales nace. Para abordar nuestro caso, sería necesario hacer un análisis de la situación existente antes de la revolución, el devenir de las contradicciones internas de esta y finalmente su estadio al momento de producirse la convencional constituyente de Querétaro. Luego analizar los discursos y normativas propias de la constitución de 1917. Este proceso representaría un trabajo aparte y muchísimo más extenso que el presente. Sin omitir la importancia de llevar a cabo un análisis tal como el arriba mencionado, marcaremos algunos puntos en referencia a la dependencia latinoamericana de principios del siglo pasado, del cual México es cabal ejemplo. Nos referimos a la tierra.

<sup>28</sup> En la dimensión jurídica bastaría hacer una rápida lectura del artículo 12 de la Constitución cubana.

un pensamiento articulado de los grupos de obreros y campesinos frente al capital, situación que se encontró muy distante del capitalismo impuesto en nuestro país [México], donde además de enfrentar un capitalismo tardío los grupos sociales no tenían la educación o cohesión social para enfrentar las leyes de la oferta y la demanda de forma que se produjo un profundo desequilibrio entre los factores reales de poder que condujo a una realidad inequitativa que causaba profundos agravios a la mayoría.<sup>29</sup>

En este contexto de desigualdad surge un proceso político a causa del cual, en un nivel histórico e ideológico, en relación a la cuestión del Estado nación, se puede ubicar a México con un “limitado pero real proceso de descolonización/democratización”.<sup>30</sup> Analizando que “la resistencia del campesinado indígena convergió con la disputa por el control del poder en el seno de la propia burguesía y de las capas medias, dando lugar”<sup>31</sup> a tal revolución. Esto redundó en que el “Estado Oligárquico terminó junto con el fin de la predominancia de las relaciones serviles y semi-serviles y la desintegración de las estructuras de autoridad local y estatal ligadas al poder de la burguesía señorial y de los terratenientes señoriales [...]”.<sup>32</sup> Pero, “sus tendencias radicales –nos advierte Quijano– fueron temprano derrotadas y el proceso no pudo ser del todo profundo y global que permitirá la plena afirmación de una sociedad y de un Estado democráticos y nacionales”.<sup>33</sup>

Esta revolución mediante una reforma constitucional consagró por vez primera los derechos sociales en tal cuerpo normativo. Dicha incorporación y la modalidad de realización puede ser tomada como un reflejo del estadio de su radicalización en el horizonte anticolonial:

La constitución federal mexicana de 5 de febrero de 1917 debe considerarse como un documento de transición entre el sistema clásico individualista y liberal de la carta anterior de 1857 y las tendencias socializadoras que se manifestaron en la primera posguerra, con el mérito indiscutible de haber sido la primera que incorporó en su texto a los derechos sociales de los trabajadores y de los campesinos, adelantándose a otras leyes fundamentales, como la alemana de Weimar de 1919, y la de la revolución rusa de 1918, que iniciaron el llamado constitucionalismo social.<sup>34</sup>

---

29 Barragán, J. et al. (2003). *Teoría de la constitución*. México: Porrúa, p. 85.

30 Quijano, A. (2003), *op. cit.*, p. 237.

31 Quijano, A. (2005). El movimiento indígena y las cuestiones pendientes en América Latina. *Socialism and Democracy* 19(3).

32 *Ibid.*

33 Quijano, A. (2001). Colonialidad del poder, globalización y democracia. En *Tendencias básicas de nuestra época: Globalización y Democracia*. Caracas: Instituto de Altos Estudios Diplomáticos Pedro Gual, p. 13.

34 Fix-Zamudio, H. (1985). El Estado social de derecho y la constitución mexicana. En *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y economía mixta*. México, UNAM-Porrúa, p. 119.

Así lo entiende a su vez el juez de la CIDH:

La consagración constitucional de los derechos que hoy llamamos económicos, sociales y culturales se inauguró en la Constitución Mexicana de 1917, producto de una revolución y sancionada en medio de un país altamente convulsionado, que protagonizó la más cruenta guerra civil de la región en el siglo pasado. La Carta de Querétaro no incorporó estos derechos como resultado de una elaboración teórica previa, sino por reclamo de sus diputados obreros y campesinos, contra la opinión de los letrados, que alegaban que conforme a la técnica constitucional dominante debían ser materia de legislación ordinaria.<sup>35</sup>

La incorporación de tales derechos tiene por necesidad reducir/eliminar las desigualdades insertas en la sociedad mexicana, teniendo como agente interventor al Estado: “así, en el estado de derecho social democrático orientado y organizado a través del constitucionalismo social, se establecen estrategias para alcanzar los valores y fines que tienen que ver con la justicia social”;<sup>36</sup> “Como institucionalización política jurídica del poder popular, el nuevo estado democrático de derecho estaría en mejores condiciones para realizar una estrategia de desarrollo integral, avanzar hacia formas superiores de sociedad y sistema político, por libre determinación y con plena participación de la población”.<sup>37</sup> Mas estas desigualdades a ser mitigadas o eliminadas por la justicia social, –como hemos afirmado–eran ocasionadas por fuera de la capacidad de decisión en última instancia de la minoría que se había hecho del control del Estado antes de la revolución. Lo fueron por el modo de producción dentro del cual la elite mexicana se había inscripto y asociado en el ámbito internacional. Es aquí donde el artículo 27 de la Constitución de Querétaro cobra entidad.

Recuérdese que, hasta la aparición de la ideología liberal en América Latina, se implementaba el derecho español, el cual reconocía las diferencias sociales, esto es, trataba desigual a los desiguales, donde existía una esfera jurídica propia de las comunidades indígenas, sin dejar de desconocer la flagrante violación a sus normas que se presentaban como la regla en su ejercicio. Con las independencias latinoamericanas y la consagración de la ideología liberal, se comienza a tratar igual a los desiguales, produciéndose esta abstracción a la cual antes se ha hecho referencia. Así,

el individualismo liberal penetró en América hispana en el siglo XIX dentro de una sociedad fundamentalmente agraria, en donde el desarrollo urbano e industrial era prácticamente nulo. Por lo tanto la juridicidad moderna de corte liberal va a repercutir directamente sobre la tenencia de la tierra.<sup>38</sup>

35 Zaffaroni, E. R. (2014). Estudio preliminar. *Constitución de la Nación Argentina 1949*. Recuperado de [http://www.jus.gob.ar/media/1306658/constitucion\\_1949.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/1306658/constitucion_1949.pdf)

36 Sánchez Vázquez, R. (2012). La trascendencia del constitucionalismo social en América Latina (caso México). *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (27), p. 269.

37 *Ibidem*, p. 270.

38 De la Torre Rangel, J. A. (2006). *El derecho como arma de liberación en América Latina*. México: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, p. 87

La distribución y restitución de la tierra que trata el artículo 27, además de ser una reivindicación de los sectores campesino e indígena, tiene en miras la disolución de los latifundios. Tal proceso conlleva –en su radicalización– a la modificación de la estructura agraria y económica de la nación.<sup>39</sup>Y por vía de consecuencia, el reordenamiento del mapa de actores políticos. Vistas así las cosas, el constitucionalismo social intenta revertir las desigualdades de las cuales sufría México y las que atraviesan hoy día a América Latina toda. Esa reversión implica una modificación de las relaciones sociales que, en última instancia, transforman el modo de ingreso del Estado mexicano en el escenario internacional. Sin tal vez ser una reivindicación propia, se proyectó un marco jurídico que habilitaba a modificar las estructuras económicas que en nuestras sociedades siempre implica modificación de la relación de dependencia y colonialismo. Este capítulo del derecho latinoamericano, en el cual se crea una nueva filosofía constitucional<sup>40</sup> es reivindicativo de los reclamos populares que intentan generar una nueva hegemonía por el control del Estado. Una modificación de las relaciones sociales a causa de procesos políticos seguidores –en mayor o menor medida– de una ideología anticolonial, genera un derecho que busca efectivizar–en términos actuales– el derecho humano al desarrollo, esto es, que supere al colonialismo.

---

39 Antes de la revolución mexicana la producción de riqueza se encontraba en la tierra, siendo complementarias la plata y el petróleo, cf. Barragán, J. et al. (2003), *op. cit.*, p. 422.

40 Sayeg Helú, J. (1978). *El congreso constituyente de 1916-1917*. México: Instituto Nacional de Estudios Históricos sobre la Revolución Mexicana, pp. 165-170.

# “Y para (algunos de) los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”. El retroceso en la política migratoria



*Demián Zayat\**

## 1. Introducción

La política migratoria es una temática muy sensible en un país, sobretodo en tiempo de crisis. Los migrantes suelen ser vistos como los culpables de los males que sufre la sociedad y, por ello, muchas veces se echa mano a argumentos que asocian migración con delito. Al mismo tiempo, este argumento permitirá disminuir la protección de los derechos de los migrantes que no se encuentren de modo regular, lo que facilitará la generación de una población con derechos disminuidos, que será fácilmente explotable por el resto.

Esto es lo que sucedía en nuestro país con la Ley N° 22439, conocida como “ley Videla”, que establecía categorías de personas “ilegales” que podían ser denunciadas en cualquier momento y, frente a esta denuncia, serían expulsadas del país. Esto permitió su explotación laboral y social, ya que no contaban con la posibilidad de recurrir a ninguna autoridad para defender sus derechos. Afortunadamente, este paradigma fue modificado con la sanción de la Ley N° 25871, fruto por primera vez de la discusión parlamentaria, y que logró el consenso de las organizaciones sociales y de migrantes. A su vez, fue complementado con una política internacional de “Patria Grande” y de asociación con los países de

\* Abogado (UBA), Máster en investigación sociojurídica (Universidad de Stanford, EEUU). Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Palermo, tanto en el grado como en el posgrado. Miembro de COPADI, Colectivo para la Diversidad.

la región a través del Mercosur, en la que se permitió la circulación de trabajadores entre los países miembros y asociados sin mayores limitaciones.

Sin embargo, hace unos años esta política comenzó a cambiar. Aumentó la cantidad de trámites de expulsión y comenzaron las expresiones xenófobas por parte de los dirigentes políticos y los medios de comunicación. Con el cambio de gobierno, en diciembre de 2015, la política migratoria fue definitivamente modificada. Se creó una cárcel para migrantes y se duplicaron los trámites de expulsión. Este cambio terminó de perfeccionarse con el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70, del 27 de enero de 2017. Allí se ampliaron los supuestos de expulsión y se creó un procedimiento expreso que no respeta el derecho de defensa ni garantiza el acceso a la justicia.

Este Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) marca claramente el cambio de paradigma y la asociación de la migración con la delincuencia. Implica una vuelta a la ideología de la “ley Videla” y generará nuevamente una masa de trabajadores con sus derechos disminuidos, funcional a la explotación capitalista.

En este trabajo pretendo mostrar a grandes rasgos cómo fue que se dio este giro y cómo la modificación de la ley sancionada democráticamente por parte del DNU del 2017 implica esta vuelta al paradigma anterior. Para ello, en el próximo apartado analizaré cómo se llegó a la sanción de la Ley N° 25871. En el apartado siguiente, se tratarán diversas medidas que nos señalaban el comienzo del cambio y, en el apartado cuarto, analizaré la nueva normativa. Finalmente, cerraré con unas conclusiones.

## **2. La aprobación de una ley democrática en materia de migraciones**

La Ley N° 25871, sancionada el 17 de diciembre de 2003, constituyó un avance muy importante en la política migratoria del país. Esta ley fue promovida por las organizaciones de derechos humanos y por los movimientos de migrantes y se convirtió en un hito destacado tanto por el Estado, como por las organizaciones sociales, ante foros internacionales. Reemplazó a la Ley N° 22439, sancionada en marzo de 1981. Esa ley establecía que “Los extranjeros que residan ilegalmente en la República no podrán trabajar o realizar tareas remuneradas lucrativas”, y determinaba que, ante la denuncia de la existencia de una persona extranjera con la residencia vencida, la autoridad lo conminaría a abandonar el país bajo pena de expulsión, pudiendo decretar su detención. Asimismo, establecía la obligatoriedad de toda persona jurídica de denunciar al extranjero irregular. La ideología de esa ley era que los migrantes en situación irregular eran “ilegales” y, como tales, no tenían ningún derecho válido. Esta ley era funcional a la configuración de una fuerza de trabajo sin derechos, a merced del empleador que podía explotarla a través de la amenaza de realizar la denuncia en cualquier momento y, en ese caso, el migrante debería abandonar el país.

Luego de la movilización de la sociedad civil, junto con la presión de los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos,<sup>1</sup> el Congreso aprobó la nueva Ley de Migraciones. La ley eliminó

<sup>1</sup> Parte de esta presión fue la solución amistosa ante la Comisión Interamericana del caso “De la Torre”, donde el Estado se comprometió a reformar la ley de migraciones. Juan Carlos De la Torre, de nacionali-



el concepto de “inmigrante ilegal” y lo reemplazó por “irregular”, y estableció que en caso de detectarse una persona con su residencia vencida<sup>2</sup> la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) deberá intimarlo a regularizar su situación en un plazo perentorio. Solo después de vencido dicho plazo, podrá iniciarse un proceso de expulsión, cuyo acto administrativo se dictará con efecto suspensivo y se dará intervención al juez competente para que revise la decisión administrativa de expulsión (art. 61 de la ley). El artículo 17 de la nueva ley trasluce esta política: “El estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”.

La nueva ley de migraciones fue complementada por el Programa de regularización “Patria Grande” establecido por los decretos N° 836/04 y N° 578/05. Este programa facilitó la radicación de más de 225.000 personas provenientes de los países miembros del Mercosur y Asociados. Así, personas provenientes de Paraguay, Bolivia, Perú, Uruguay, Chile, Brasil, Colombia, Ecuador y Venezuela lograron obtener su residencia permanente o transitoria.<sup>3</sup>

La Ley N° 25871 establece dos supuestos principales por los que puede expulsarse a un extranjero: por el vencimiento de la residencia con la que contaba, o la cancelación de la radicación otorgada por haber incurrido en determinados supuestos. Entre estos actos que dan lugar a la cancelación de la residencia se encuentra el haber sido condenado por un delito con una pena superior a cinco años de prisión, o ser reincidente en la comisión de delitos. En el caso del vencimiento de la residencia, no podrá ser renovada si el extranjero hubiera sido condenado a cualquier delito que merezca pena de más de tres años de prisión. Asimismo, en caso de haber sido condenado a una pena privativa de libertad, al cumplir la mitad de la condena, el migrante puede optar por abandonar el país (extrañamiento) provocando la extinción de la pena.<sup>4</sup>

---

dad uruguaya, ingresó en Argentina en el año 1974 con el propósito de trabajar, para lo cual la Dirección Nacional de Migraciones le otorgó una autorización que le permitía realizar tareas remuneradas. El señor De la Torre vivió en territorio argentino por 24 años con su familia hasta que el 28 de noviembre de 1996 fue detenido, sin orden judicial, por oficiales de la Policía Federal Argentina y trasladado a la Comisaría N° 12 de la Capital Federal. Durante su detención, el señor De la Torre no fue notificado de los cargos por los cuales permanecía detenido. El 3 de diciembre de 1996, dos abogados presentaron una acción de habeas corpus ante el Juzgado Nacional de Instrucción N° 40, a favor del señor De la Torre, al enterarse de que sería expulsado del país esa misma noche. En el habeas corpus se planteó la inconstitucionalidad de la Ley General de Migraciones (N° 22349) y su decreto reglamentario (N° 1023/94) que habilitaban la detención de un extranjero, sin orden judicial competente, y la posterior expulsión dictada por autoridad administrativa, así como tampoco contemplaba la asistencia letrada necesaria ni la posibilidad de ofrecer pruebas de descargo o de impugnar judicialmente la decisión administrativa adoptada. El habeas corpus fue desestimado ese mismo día a las 21:20 y, a las 00:00 del 4 de diciembre de 1996, el señor Juan Carlos De la Torre fue expulsado de Argentina, con prohibición de reingresar al país. El tribunal de grado confirmó la decisión de la jueza de primera instancia, una vez que el señor De la Torre ya había sido expulsado.

2 En la ley se establecen tres tipos de residencia: (1) la residencia transitoria, principalmente para turistas o para visitantes, que no se extiende por más de 90 días; (2) la residencia temporal, para migrantes que vienen a instalarse en el país de modo temporario (trabajadores, deportistas, estudiantes, ciudadanos de países del Mercosur, etc.), que puede otorgarse por hasta 3 años; y (3) la residencia permanente, que es para aquellos que decidan instalarse definitivamente en el país, esencialmente, si tienen hijos, padres o cónyuges argentinos. Cuando se inicia el trámite para la residencia temporaria o permanente, se le otorga a la persona un certificado de “residencia precaria”, hasta que concluya el trámite ante la DNM.

3 Véase el informe estadístico del programa “Patria Grande”, disponible en [http://www.migraciones.gov.ar/pdf\\_varios/estadisticas/Patria\\_Grande.pdf](http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/Patria_Grande.pdf) (último acceso marzo de 2017). Allí se detalla que iniciaron los trámites 423.697 personas, se otorgaron 98.539 residencias permanentes y 126.385 radicaciones temporarias. El resto de los trámites iniciados caducaron en virtud de que no fue acompañada la documentación requerida antes del vencimiento del programa.

4 Esto es concordante con el régimen de ejecución penal que, al cumplirse la mitad de la pena, comienza el

### 3. El comienzo del cambio. Expulsiones, xenofobia y cárcel

El endurecimiento de la política migratoria fue acentuándose en los últimos años. Según las estadísticas de la propia DNM, a partir de 2014, comenzó una escalada de actos administrativos donde se dictaron expulsiones. El gráfico 1 muestra el desarrollo histórico de las expulsiones decididas desde la adopción de la Ley N° 25871 (el dato para el año 2016 está proyectado a partir de los datos disponibles hasta septiembre de 2016).

Las personas con una orden de expulsión firme fueron conminadas a salir del país. Sin embargo, muchas de esas expulsiones no se ejecutaron, ya sea por falta de contratación del transporte o porque el migrante decidió no cumplir con la orden, y tampoco existió una decisión firme de ejecutar las expulsiones.<sup>5</sup>

Luego de la asunción del presidente Macri, el cambio de política fue un hecho. El discurso político comenzó a asociar a los migrantes con la delincuencia, y parte de esta construcción fue realizada con datos sacados de contexto,<sup>6</sup> o con discursos xenófobos de dirigentes de varios partidos políticos.<sup>7</sup> Por su parte, el presidente Macri centró su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, en que el país colaboraría con la recepción de refugiados, pero, así, dejó fuera la problemática de los migrantes que también estaba siendo debatida.<sup>8</sup>

El 19 de agosto de 2016 se firmó un convenio entre la Dirección Nacional de Migraciones, el Ministerio de Seguridad y el Ministerio de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, por el que la Ciudad cedió un inmueble a la Nación para que allí funcionase el Centro de Detención de Migrantes. Esta cárcel alojaría a los migrantes que tuvieran una orden de expulsión firme, a la espera de un transporte para abandonar el país.

La construcción de la primera cárcel de Latinoamérica para migrantes constituye un retroceso severo

---

período de salidas transitorias y libertad condicional. Para el supuesto de migrantes, pueden sustituir los egresos anticipados que prevé la ley de ejecución penal por la salida del país. Para un análisis detallado véase Monclus Masó, M. y Brandariz García, J. A. (2015). *Políticas y prácticas de control migratorio. Estudio comparativo del control de los migrantes en el contexto latinoamericano y europeo*. Buenos Aires: Didot, pp. 131-134.

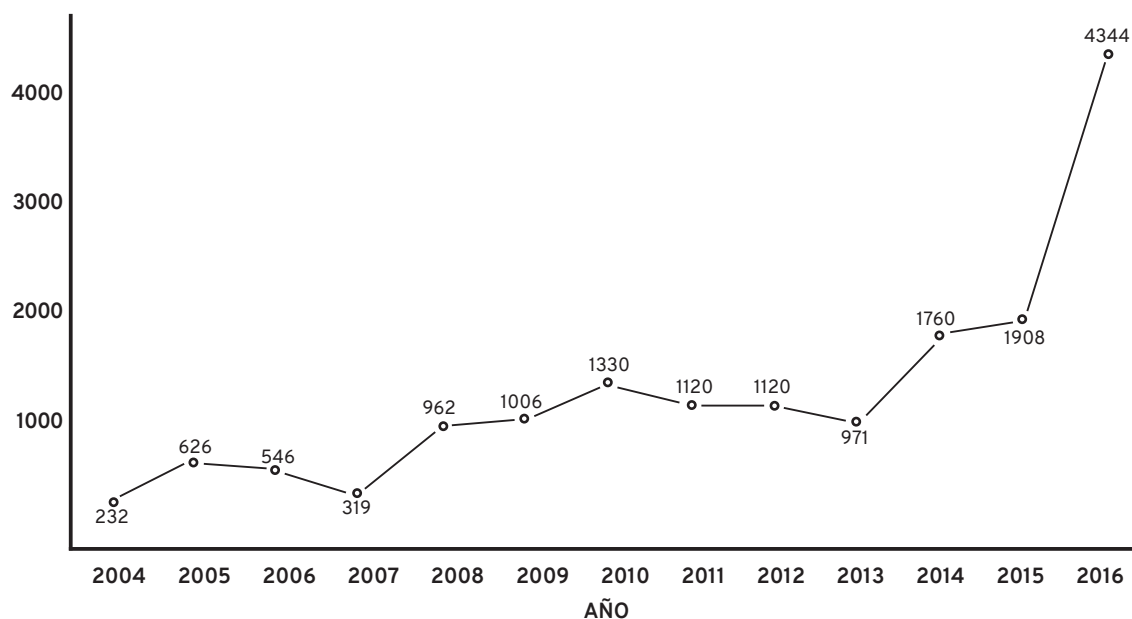
5 Según datos oficiales de la DNM, en el año 2014 se ejecutaron 22 expulsiones, en el 2015 solo 4 y en el 2016, 31 (datos a septiembre de 2016). Datos de la respuesta de la DNM al pedido de informes que realizó el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús.

6 La Ministra de Seguridad, Patricia Bullrich dijo que “En el sistema penitenciario federal, y en el tema de las drogas, el 33% de los detenidos son extranjeros”. Diario *La Nación*, 24/1/17. Si hubiera tenido en cuenta los datos de todos los presos del sistema penitenciario federal y local, vería que solo el 6,5% son extranjeros, lo que no sobrerrepresenta la muestra en relación al total de extranjeros en el país. Asimismo, en dichas declaraciones agregó que “Acá vienen ciudadanos paraguayos y se terminan matando por el control de la droga; no tanto bolivianos”, agregó. “Y, sí, además, muchos ciudadanos paraguayos, bolivianos y peruanos se comprometen, como choferes, mulas, partes de una cadena, en los temas de narcotráfico. Es un tema que tenemos que trabajar”. Esta generalización sin datos resulta en un estereotipo discriminatorio y alimenta el discurso xenófobo.

7 Uno de ellos fue el senador Miguel Piccheto quien, el 2 de noviembre de 2016, acusó a la “cultura igualitaria” y dijo que “Tenemos que dejar de ser tontos. El problema es que siempre funcionamos como ajuste social de Bolivia y ajuste delictivo de Perú. Perú resolvió su problema de seguridad y transfirió todo el esquema narcotraficante a las principales villas de la Argentina, están tomadas por peruanos. La Argentina incorpora toda esta resaca”. Recuperado de <https://youtu.be/P2t-RlojmNg>.

8 Discurso del 20 de septiembre de 2016 ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos/37344-discurso-del-presidente-de-la-nacion-mauricio-macri-en-la-71-asamblea-general-de-las-naciones-unidas-sala-de-la-asamblea-general-nueva-york>

Gráfico 1: expulsiones dictadas por la DNM.



en la protección de derechos de los migrantes. Como tiene dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>9</sup>

la Comisión enfatiza que los migrantes en situación irregular no son criminales. El hecho de que un migrante se encuentre en situación irregular en un país –ya sea porque ingresó sin la documentación requerida evadiendo los puertos de entrada autorizados, porque ingresó con documentación fraudulenta, o porque ingresó con la documentación requerida pero permaneció más allá del tiempo que tenía autorizado– no lesiona bien jurídico fundamental alguno que requiera ser protegido a través del poder punitivo del Estado, tal como podría ser atentar contra la vida o integridad de una persona o sustraer bienes del Estado.

Y agregó que

En el contexto de la migración internacional hay diversas situaciones en que las personas migrantes, en situación regular o irregular, son privadas de su libertad. No obstante, la Comisión considera relevante destacar que la violación de leyes migratorias nunca puede ser per se equiparable a la violación de las leyes penales, como para que la primera respuesta que den los Estados frente a la migración irregular sea la detención. En esencia, la migración en situación

<sup>9</sup> Comisión IDH (2015). *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, párrafos 381, 382 y 383. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>.

irregular constituye una violación a una norma de carácter administrativo, que no debe ser entendida como un delito penal.

Y que

Con base en el principio de excepcionalidad en el ejercicio del poder punitivo del Estado, la aplicación de medidas privativas de la libertad debe ser limitada a aquellas situaciones que afectan bienes jurídicos fundamentales. Las múltiples afectaciones que genera la privación de la libertad sobre los derechos de las personas demuestran por qué estas son medidas a las que los Estados solo pueden recurrir como una última ratio. Sin embargo, tal como ya lo señalara la Relatoría de la CIDH sobre Derechos de los Migrantes, la principal medida con la que países de tránsito y destino, entre los cuales se encuentran países con altos niveles de desarrollo, buscan desalentar la migración irregular es a través de la detención migratoria, que representa una forma de criminalización de la migración.

Queda claro, entonces, que la detención migratoria no puede ser la regla ni uno de los pasos del procedimiento de expulsión y que encarcelar migrantes por el solo hecho de la irregularidad migratoria es parte de la construcción de la idea de que los migrantes son delincuentes, lo que vulnera los derechos humanos.

#### **4. La reforma a la Ley de Migraciones por el DNU N° 70/2017**

El aumento de la cantidad de expulsiones, el discurso xenófobo y la creación de una cárcel para alojar a los migrantes fue solo el comienzo del cambio de la política migratoria democrática. El 27 de enero de 2017, a través de un Decreto de Necesidad y Urgencia, el Poder Ejecutivo Nacional sancionó el Decreto N° 70/2017 que modificó la Ley N° 25871. El decreto se sustentó en una supuesta emergencia en seguridad y en la sobrerrepresentación de la comisión de delitos por parte de los migrantes, con estos datos parciales y descontextualizados.

El DNU amplió las causales por las cuales se podrá impedir el ingreso al país y, concordantemente, las causales por las cuales se podrá expulsar a un migrante. Al mismo tiempo, creó un procedimiento expreso para las expulsiones, en el que se limita severamente el derecho de defensa y el acceso a la justicia del migrante.

La ley establecía que era un impedimento para obtener la residencia haber sido condenado o estar cumpliendo condena por un delito que tuviera una pena privativa de libertad de más de 3 años (art. 29, inc. c), y que era una causal de cancelación de la residencia haber sido condenado por un delito que tuviera una pena mayor a 5 años (art. 62, inc. b). En ambos supuestos, para denegar la residencia o para cancelar la residencia ya otorgada, había que esperar la condena penal firme y, para la cancelación, había que esperar que se cumpliera la condena más un plazo de dos años. A esta sentencia se

llegaría, desde ya, luego de un debido proceso legal, garantizando el principio de inocencia, la defensa en juicio y el derecho a la doble instancia.

El nuevo DNU modificó estos supuestos y estableció que para denegar una residencia será suficiente haber sido condenado o tener antecedentes o condena no firme de cualquier delito que tuviera pena privativa de libertad (art. 29, inc. c). A su vez, modificó lo que debe entenderse por “antecedente” al establecer que “entiéndase por antecedentes a todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable”. De este modo, cualquier persona que esté tramitando su residencia (que cuente con una residencia “precaria”) o que deba renovarla y que sea procesada por cualquier delito, ya sea culposo o doloso, grave o no grave, verá rechazado su trámite y será expulsada del país. Por caso, un procesamiento por un accidente de tránsito será, así, suficiente para expulsar al migrante con su residencia en trámite.

Por su parte, el DNU también estableció que para cancelar una residencia ya otorgada será suficiente una condena no firme por cualquier delito que merezca pena privativa de prisión (art. 62, inc. c). De este modo, un migrante que estuvo viviendo de modo regular durante muchos años de su vida en este país, puede ver cancelada su residencia con una condena no firme en sede penal, por cualquier delito, grave o no grave, culposo o doloso. Este migrante no tendrá derecho al recurso para poder discutir una condena errada ya que será expulsado con la condena no firme. Estas modificaciones vulneran gravemente el principio de inocencia y el derecho a la doble instancia.

Esta ampliación de los supuestos en los cuales se puede rechazar una solicitud de residencia, o en los cuales se puede cancelar una residencia ya otorgada, se complementan con un procedimiento expreso para tramitar la expulsión que limita severamente el derecho de defensa y el acceso a la justicia. Este procedimiento limita los recursos administrativos que podrán interponerse ante una decisión de expulsión, únicamente al jerárquico, eliminando la reconsideración y la alzada. Este recurso jerárquico podrá interponerse solo en el plazo de 3 días, y no en el de 15 días como rige en general en el procedimiento administrativo. Frente a su confirmación por el superior, el migrante tendrá 3 días para impugnar la decisión ante la Justicia en lo contencioso administrativo federal, y no 90 días como establece la Ley N° 19549. Para llevar su caso a la justicia, requerirá conseguir un abogado o abogada que entienda en su causa y prepare su defensa en este plazo demasiado exiguo. No impugnar las decisiones en el plazo de tres días será entendido como consentimiento de la decisión de expulsión.

A su vez, el trámite expreso también limita la intervención del Ministerio Público de Defensa de la Nación, al establecer que solo se le dará intervención al defensor de turno (y no a la Defensoría General para que ella decida quién o quiénes intervendrán, entre los que estará, por ejemplo, la Comisión de Migrantes de la DGN, especializada en esta temática), solo si la DNM tiene por probado “fehacientemente” que el migrante no puede costearse un abogado particular. A su vez, tendrá por notificados los actos administrativos en el último domicilio declarado y, si no existiese, se notificará por ministerio de ley en la sede de DNM. Asimismo, desde el comienzo del procedimiento, la administración podrá solicitar la detención del migrante en la cárcel de migrantes.

Como puede observarse, este procedimiento vulnera el derecho de defensa y de acceso a la justicia. Complementado con la ampliación de supuestos que vulneran el principio de inocencia y el derecho a la doble instancia, vemos que este decreto es muy deficiente en términos de garantías procesales para los migrantes.

## 5. Conclusiones

La Ley N° 25871 fue discutida y consensuada por muchas organizaciones sociales y de migrantes, garantiza el derecho humano a migrar (art. 4) y establece las obligaciones del Estado en acompañar y ayudar al migrante para obtener su residencia regular (art. 9). Esta política fue complementada con el programa “Patria Grande” que permitió la radicación de más de 200.000 personas de los países de la región.

Sin embargo, a partir del año 2014, pudo verse un giro con un aumento en la cantidad de trámites de expulsión, que se hizo evidente con el cambio de gobierno en diciembre de 2015. El nuevo gobierno comenzó una campaña para asociar a la migración con la delincuencia, tanto en lo discursivo como en lo simbólico. La construcción de una cárcel de migrantes es la expresión más clara de esta transformación.

Finalmente, con el dictado del DNU N° 70/17 este cambio de paradigma fue un hecho. Cualquier migrante podrá ser expulsado del país sin garantizársele el principio de inocencia. Ante un procesamiento firme, o una condena no firme (dependiendo de la situación del migrante), se pondrá en marcha un procedimiento administrativo expreso, sin garantizar la defensa ni la revisión judicial y, en pocos días, el migrante será expulsado del país.

Por supuesto, esta expulsión tendrá severas consecuencias. Tanto para el migrante, que no podrá reingresar por el término de 8 años, como para sus lazos y vínculos en el país. Asimismo, tendrá consecuencias para todo el resto de la sociedad, ya que el proceso penal que da origen a la expulsión, que solo llegó a un procesamiento firme o a una condena no firme, se verá interrumpido por la expulsión del imputado y la imposibilidad de realizar un juicio penal en ausencia. Así, a partir del dictado del Decreto N° 70/17 no habrá más condenas firmes en juicios contra extranjeros, ya que serán expulsados antes de finalizar el proceso penal. Esto es una vulneración también al derecho de las víctimas de saber qué pasó en su caso y nunca podrá fijarse la verdad de lo sucedido que realiza el proceso penal.

Este DNU modifica de una forma muy peligrosa e inconstitucional una política migratoria democrática, inclusiva y que garantizaba los derechos humanos de toda la sociedad, tanto de los migrantes como de los nacionales. Es la sociedad en su conjunto la que se beneficia con la migración. Sin embargo, este cambio de paradigma contraviene todos los principios en los que descansábamos como una sociedad igualitaria.

# Una mirada a la institucionalidad estatal desde las relaciones laborales frente a los paradigmas desreguladores neoliberales<sup>1</sup>



*Mario Luis Gambacorta\**

## 1. Introducción

En este artículo nos proponemos analizar la institucionalidad estatal pero con un particular enfoque desde las relaciones laborales.

En nuestras clases vinculadas con la temática que referenciamos, solemos señalar que el derecho forma parte de las relaciones laborales pero no se agota en ellas. A su vez, las relaciones laborales se encuentran reguladas también por la institucionalidad estatal. Es decir, por la configuración del Estado y la orientación que le otorga el proyecto político que lo administra en determinado momento histórico.

En la mayoría de los Estados, al presente, se constata la prevalencia de enfoques neoliberales. Concretamente, nos referimos a los paradigmas desreguladores neoliberales que los sustentan.

Estos paradigmas suelen actuar como barreras a las transformaciones sociales inclusivas y como elementos deconstructores de las mismas frente a otros paradigmas que postulan la construcción de un Estado Social de Derecho.

A modo de ejemplo, podemos indicar al Consenso de Washington, que construyó un paradigma

<sup>1</sup> Extracto con reformulaciones del trabajo elaborado para la participación del autor como disertante en el VI Congreso Internacional Constitucionalismo y Democracia: El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Río de Janeiro, 23, 24 y 25 de noviembre de 2016.

\* Docente de grado y postgrado. Investigador. (UBA-UNPAZ-UMSA-FLACSO-UMET).

neoliberal sustentado, entre otras cosas, en la seguridad jurídica, pero no suele mencionarse al referirlo que esa seguridad jurídica se vinculó específicamente con el derecho de propiedad y no con los derechos sociales.

Eso nos lleva a pensar en las formas democráticas; y al decir formas, estamos señalando que existen diversas concepciones e integraciones para estas. Es decir, que pueden configurarse distintas, y no siempre compatibles, formas de institucionalidad estatal, inclusive la democrática.

El impulso a determinadas políticas de institucionalización suele tener que ver con las disputas hegemónicas o contrahegemónicas, y los paradigmas que intentan formalizarse.

Asimismo, nos orientamos a rescatar un concepto de Estado Social de Derecho, que disipe las caracterizaciones que puedan pretender vincularlo o confundirlo linealmente con la economía social de mercado.

Este planteamiento nos surgió de ciertas vinculaciones referenciales de un mero concepto de “social” también en relación con la Mont Pelerin Society (fundada en 1947 por Hayek) y por generalizaciones en que se suele incurrir en torno a la libertad individual en detrimento de elementos y acciones colectivas, muchas veces entendidos como meras sumatorias de individualidades.

No nos parece casualidad, entonces, que diversos Premios Nobel que integraron dicha sociedad, pusieran tanto énfasis en lo microeconómico, soslayando lo social y la regulación estatal.

Un enfoque de la institucionalidad desde postulados liberales tiende a redireccionar la normativa para la desregulación económica y la restricción de la legislación laboral protectoria.

## **2. Institucionalidad: ¿marco o barrera a las transformaciones sociales?**

Consideramos que cuando se habla de institucionalidad es una falacia presentar esta temática de un modo aséptico y supuestamente independiente de otras variables –ideológicas– vinculadas a momentos y realidades históricas particulares.

La comprensión de la institucionalidad estatal también requiere un enfoque amplio e interdisciplinario para no caer en las remanidas, pero no por ello menos efectivas, simplificaciones del supuesto “sentido común”.

En efecto, queremos señalar que en las metodologías de análisis en general, pero particularmente en lo que nos ocupa respecto del institucionalismo, percibimos una falta de análisis sistemático y conocimientos generalizables.

Muchos suelen quedarse en un análisis prioritaria y hasta excluyentemente cuantitativo, entroncado con un enfoque funcionalista de particular corte anglosajón, que suele carecer de otras necesarias reflexiones metodológicas para sustentar las conclusiones a las que se arriban, las cuales muchas veces son presentadas como “dogmas científicos”.



Por ello, sostenemos que la prevalente hegemonía neoliberal en nuestro planeta ha llevado a un reduccionismo que tiende a limitar la política, en el marco de un enfoque microeconomicista.

También encontramos una desconsideración de la participación política, lo cual es similar a lo que ya hace más de cien años fue calificado como *la gran superstición de la política*.<sup>2</sup>

El conservadurismo, cuando no la reacción, buscan erigirse en un marco institucional que actúe como “barrera” ante lo que Bobbio<sup>3</sup> llama promesas incumplidas de la democracia.

Por ello, nos atrevemos a hablar de distintas “ciudadanías”, ya que el componente social que integra el concepto originario de ciudadanía, junto con el civil y el político, se encuentra neutralizado o postergado en general por la prevalencia de una denominada *institucionalidad republicana*, la cual sistemáticamente se opone a transformar el marco global hegemónico del capital financiero, actuando como un elemento conservador-reaccionario.

Todo esto se proyecta en la complejidad propia de la institucionalidad, otorgándole un carácter más difuso y contradictorio, entre otras cosas, por la incorporación de actores políticos y sociales no tradicionales.<sup>4</sup>

Estos actores han entrado en conflicto, particularmente en Sudamérica, con las estructuras coloniales/postcoloniales, conservadoras y tradicionales, potenciándose un conflicto –no nuevo sino no siempre visibilizado–.

### 3. Democracia: ¿estratificada o igualitaria?

Sin extendernos demasiado y considerando los análisis desarrollados por Ernesto Laclau,<sup>5</sup> entendemos que existen modelos de democracia que se contraponen o pueden ser presentados como diferenciables.

En tal línea de análisis, la democracia a que dio lugar la revolución americana suele divergir de aquella radicalizada que llegó a llevar adelante la revolución francesa.

Más allá del dramatismo que suele otorgarse a la segunda por sobre la primera, cabe señalar que se orientó a una democracia que caracterizamos como populista radical, la cual buscó superar una concepción institucional conservadora de república oligárquica. Dicha república oligárquica, por ejemplo, se evidencia en el voto censitario –excluyente– en el siglo XIX en los Estados Unidos.

En esta misma inteligencia, apreciamos que en dicha lógica conservadora y de institucionalidad republicana oligárquica, se restringió el voto universal, tanto en Europa como en América.

---

2 Spencer, H. (1984). *El hombre contra el Estado*. Buenos Aires: Goncourt.

3 Bobbio, N. (1993). Las promesas incumplidas de la democracia. *Zona Erógena* (14).

4 García Linera, Á. (19/02/2012). Recuperado de <http://www.sinpermiso.info/printpdf/textos/la-institucionalidad-del-poder-se-traslada-al-ambito-plebeyo-entrevista>.

5 Laclau, E. y Mouffe, C. (2011). *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Se aplicó lo que caracterizamos como un liberalismo social, que otorgaba algunos derechos sociales, sobre todo en el plano individual, también en vista a desactivar la acción colectiva organizada.

Por nuestra parte, reivindicamos el concepto de ciudadanía que se entronca con las proyecciones sociales y la acción colectiva en el marco del Estado de Bienestar. Fundamentalmente, a través de una de las principales herramientas estratégicas de los trabajadores organizados, a saber: la negociación colectiva. En el mismo sentido, las políticas tributarias cumplen un rol de distribución ineludible.

Por lo expuesto, no nos sorprenden ciertas tergiversaciones en torno al denominado *neocorporativismo* confundiéndolo con resabios fascistas y totalitarios, cuando en realidad considera que la democracia requiere de una mayor integración de los actores sociales, particularmente de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, en la elaboración y diseño de políticas públicas e institucionalidades.

Estas posiciones, y más allá de los casos de mala fe, suelen guardar relación con la experiencia europea en donde lo colectivo suele asociarse a los totalitarismos de derecha e izquierda, confundiéndolos linealmente con diversos movimientos populares y nacionales latinoamericanos. Todo ello, a partir de una lectura sesgada desde una excluyente realidad histórica europea y eurocéntrica.<sup>6</sup>

#### **4. El escenario global complejo de la hegemonía neoliberal**

Nos encontramos ante un escenario global complejo, en el cual la hegemonía neoliberal que se estructuró luego de la crisis del petróleo, particularmente con la elección en 1979 de Margaret Thatcher como Primera Ministra de Gran Bretaña, y luego con Ronald Reagan en Estados Unidos, se diseminó por el mundo.

A modo de síntesis, apreciamos que la hegemonía neoliberal atiende prioritariamente la desregulación y la reducción de tutelas sociales.

Sin embargo, desregulación no es sinónimo de falta de regulación; y allí la institucionalidad se ve más evidentemente que nunca en la disputa entre democracias igualitarias (de contenido social) y repúblicas oligárquicas.

Es así que se considera como antagonistas contrahegemónicos a los Estados, sindicatos y movimientos sociales que no se someten a la ideología desreguladora prevalente (léase: institucionalidad neoliberal). Por ello, la hegemonía neoliberal percibe como una “anomalía” –contrahegemónica– a cualquier conflicto social y laboral.

Específicamente, el debilitamiento del sindicato como sujeto colectivo conlleva una menor educación de los trabajadores en el conocimiento y construcción de modelos contrahegemónicos y alternativas a la realidad global imperante.

---

<sup>6</sup> Laclau, E. (2013). *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Ahora bien, una nueva teoría debe parecer mejor que las que se propone confrontar. Se debe repensar la acción y el direccionamiento del conflicto. Una nueva institucionalidad democrática en sentido inclusivo e igualitario no es sino una nueva teoría para la práctica activa de las clases o grupos subalternos.

## **5. El asedio a lo sociolaboral: paradigmas desreguladores**

Consideramos que la crisis del petróleo de 1973, se la considere espontánea o no, resultó una crisis económica instrumental para la institucionalización de elementos o herramientas que debilitaran los colectivos sociales y laborales.

En tal sentido, fenómenos como la descentralización productiva y negocial, la deslaboralización de actividades productivas subordinadas, y ese fenómeno casi sin límites definidos que es la tercerización, han mostrado su eficacia en la construcción de una nueva institucionalidad socioeconómica, lo cual no es sino parte de la institucionalidad hegemónica del capital que prevalece; aunque no es inexorable.

Se intenta sistemáticamente permear lo laboral con otras regulaciones, por ejemplo, lo civil y comercial, lo cual no es sino la manifestación de otra forma de acción política (presentada a menudo como despolitizada) del capital global económico-financiero.

Para ello, se recurre a desarrollos teóricos como los nacidos en la Universidad de Chicago y conocidos como análisis económico del derecho, donde lo institucional atiende el impacto económico de las sentencias judiciales, si no un foco prioritario, o desatiende directamente aspectos como la distribución y el equilibrio social.<sup>7</sup>

Por su parte y a modo de ejemplo, el impulso gubernamental al Tratado Transpacífico (TTP) en Argentina nos debe hacer reflexionar: se trata de un tratado cuasi secreto, con serias dificultades, no solo para los pueblos sino hasta para los órganos de gobierno y control, para acceder a sus contenidos y en donde los postulados evidencian pretender regular la prevalencia de lo comercial por sobre lo social.

## **6. Una redefinición del conflicto global/local: internacionalización de las respuestas contrahegemónicas**

Partiendo de un enfoque que no niega, desconoce ni desatiende el conflicto en la teoría y la práctica, pretendemos señalar algunos elementos relacionados con la institucionalidad estatal que entendemos no pueden soslayarse sin desmedro de otros que ahora no indicamos en función del objeto de este trabajo.

<sup>7</sup> Gambacorta, M. L. y Ruiz, Á. D. (2014). Nuevos intentos en torno a viejos paradigmas: la flexiseguridad y otros argumentos como herramientas para deslaborizar el derecho del trabajo en una lógica de prevalencia del análisis económico del derecho. *Revista Derecho del Trabajo*.

Para la definición de cualquier institucionalidad no puede desatenderse el rol y la acción de las empresas multinacionales (EMN).

Cualquier relación económica, cualquier respuesta jurídica y cualquier marco institucional ineludiblemente se confronta con la lógica transnacional que, entre otros elementos para el análisis, se vincula con las cadenas de valor, su trazabilidad y la consecuente articulación de los estándares laborales en el escenario global.

Debemos recordar, entonces, como ejemplo no menor, que la huelga está siendo objeto de una ofensiva que pretende limitar o restringir cualquier posibilidad de reacción de los colectivos de trabajadores organizados.

Vemos en relación con lo expuesto que en el año 2012 el denominado Grupo Empleador desconoció que el derecho de huelga fuera garantizado –“regulado”– por el Convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical.

A modo de referencia, la denominada “Ley Mordaza”<sup>8</sup> en España restringe ampliamente no solo el derecho de huelga sino de protesta.

Frente a esto entendemos que los sindicatos mundiales, también conocidos como “global unions” están llamados a jugar un rol fundamental al igual que la Confederación Sindical Internacional (CSI) y sus filiales regionales como la Confederación Sindical de Trabajadores/as de las Américas (CSA).

Para ello, es ineludible una reorganización de la acción sindical desde parámetros de concentración y unidad de acción global. En efecto, ante un mundo en que el capital se concentra cada vez más, el movimiento sindical no puede continuar sin una articulación y acciones sincronizadas a nivel global.

La internacionalización de las relaciones laborales deviene cada vez más una necesidad para los trabajadores. Postulamos una organización a nivel global que tenga como ejes: la actividad-rama, el sector de la economía y/o intersectorial, superando la mera relación con una EMN.

## **7. Hacia otro Estado Social de Derecho: la matriz latinoamericana**

Nuestro trabajo nos impulsa desde el análisis y reconfiguración de la institucionalidad a la estructuración de otra forma de organización estatal ante el conflicto global que se proyecta sobre Latinoamérica.

Se trata de entender la complejidad del conflicto, donde es menester construir desde lo colectivo una nueva correlación de fuerzas. Deviene fundamental recuperar la historia nacional y regional: sobre todo la historia y las conceptualizaciones propias que hacen a nuestra identidad ante una debacle económica, social, ambiental; en síntesis: política.

---

8 Ley Orgánica Nº 04/2015, del 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

Ante estos escenarios, concebimos a la industrialización como un modelo de acumulación para la distribución y no meramente como un desarrollo no sustentable que amenaza a las sociedades local y global.

La reconfiguración socioeconómica de los países periféricos debe orientarse a modificar inclusive nuestras propias naturalezas,<sup>9</sup> y tal vez aquí me permito diferir un poco con Gramsci en cuanto a que en ese proceso también modificamos nuestras identidades. Seamos más ambiciosos, planteemos no modificar ni olvidar nuestras identidades, relacionemos la historia y la política. Y tal vez, con esta praxis, estemos no solo cambiando sino también encontrando las raíces de nuestra verdadera identidad.

Los reflujos políticos neoliberales y la intención de volver a sus viejos paradigmas excluyentes de lo social, no hacen sino evidenciar la necesidad de una nueva y unificada acción donde los sindicatos y los movimientos sociales están llamados a jugar un papel ineludible para constituirse en sujetos históricos que actúen sobre los Estados en donde se ha concentrado la ofensiva neoliberal desreguladora y desprotectoria.

Las crisis son reflejos del fracaso persistente de un paradigma.<sup>10</sup> Hay que trabajar desde la teoría y la acción para reemplazar las reglas en crisis sin olvidar el doble esfuerzo de superar también las propias ya agotadas.

---

9 Gramsci, A. (1990). *Escritos políticos (1917-1933)*. México: Siglo XXI.

10 Kuhn, T. S. (1971). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.



# La Economía de la Constitución



*Marina García Fornasero\**

Los fenómenos han dejado de ser jurídicos, económicos, psicológicos, médicos, sociales... en fin. La realidad tan compleja nos convoca a entender que las leyes, entre ellas la Constitución, son como un “prisma”.

Este prisma que nos impone la realidad posee varias caras. Cada cara nos invita a un análisis, pero impide abandonar el resto de las caras (análisis especializado), pues hace carecer de sentido al concepto del cuerpo geométrico propuesto. Es decir, la Constitución, como casi cualquier otro fenómeno de la realidad, se puede observar, analizar y estudiar desde varias visiones teóricas. La Constitución puede ser analizada desde el punto de vista del Derecho pero, no por ello, deja de ser posible observarla como un fenómeno económico.

La realidad es móvil, es transformable y, a veces, el prisma suma caras que aún no conocemos. El desafío es descubrirlas y ahondar en su estudio para que la ciencia sea cada vez más útil para decodificar la realidad, que es el ámbito de las personas, limando las aristas del prisma, logrando una teoría más refinada.

\* Abogada (UBA). Profesora Adjunta y Jefe de Trabajos Prácticos de Elementos de Análisis Económico y Financiero (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta y Jefe de Trabajos Prácticos de Economía Política (Carrera de Abogacía, UNPAZ).

La Constitución como cabeza local del Derecho no escapa a esta forma. La corriente del “constitucionalismo latinoamericano” ha permitido la inclusión de varios derechos en los textos tradicionales de las constituciones de nuestra región.

Los constitucionalistas podrían definirse, entre otros, en dos grandes equipos: a) los defensores de constituciones cortas, claras y concretas y, b) los defensores de constituciones extensas, claras pero detallistas y concretas pero descriptivas de gran cantidad de derechos y obligaciones de los ciudadanos y los poderes del Estado.

En todo esto se cuela hábilmente la economía, ciencia social que en el fanático análisis de algunos académicos se ha convertido en la ciencia social “estrella”, destacada entre las demás de su estirpe, y por encima de éstas.

Sin ser esto tan así, debemos igualmente reconocer su importancia en el mundo que nos toca vivir y su injerencia en el mundo del Derecho.

Los derechos económicos y sociales son, dentro del constitucionalismo latinoamericano, una de las grandes innovaciones en las constituciones de nuestra región.

Este grupo consiste en derechos que las constituciones tradicionales, como la de Argentina hasta 1994, no enumeraban, aunque podíamos interpretarlos englobados en otros enunciados constitucionales.

En nuestro país, la reforma de 1994 transformó la Constitución Nacional en un extensísimo listado de derechos que se ratifican en tratados internacionales que integran su propio cuerpo textual.

Volviendo al título del presente artículo, “La Economía de la Constitución”, podemos observar este planteo, al menos, de dos modos: 1) los derechos de índole económica dentro de la Constitución Nacional, o bien, 2) dentro de la extensión de la Constitución Nacional.

Trataré de dedicar este texto al segundo interrogante y hablaremos del primero en otro encuentro.

La definición elemental de *economía* nos habla de la necesidad de un uso correcto de los bienes o recursos disponibles, atento son escasos, y lograr su máximo rendimiento puede ser una meta en la ardua tarea humana de no derrochar recursos limitados.

Si pensamos a los derechos constitucionales como recursos escasos, pues para lograr su cumplimiento hacen falta inexorablemente recursos, deberíamos pensar que la Constitución debería ser un escueto, aunque no pobre, conjunto de derechos que trascienda generaciones y que no desampare en lo más elemental y humano a los ciudadanos.

Y dejar a disposición de la asamblea de representantes del pueblo, conocedores de los recursos disponibles (presupuesto) para que en leyes dispongan detalladamente la asignación de esos derechos constitucionales generales. Es decir, la Economía de la Constitución podría tener esta visión.

Pero también podemos pensar que la declaración de derechos constitucionales trasciende el análisis de



la escasez de la teoría económica y plantear que podemos enunciar tantos derechos como consideremos, como en la reforma de 1994.

Es decir, podemos postular derechos que, aunque hoy no haya recursos suficientes (presupuesto) para cumplimentarlos, están ahí expresados y “programados” para posibilitarlos cuando existan medios. La corriente del constitucionalismo latinoamericano ha ampliado notoriamente la extensión de las constituciones en nuestra región. ¿A cuál de las dos aferrarse? No lo sé, pretendo que el presente sea un disparador para pensarlo, discutirlo y analizarlo. Pero, sin lugar a dudas, no hay modo de que el Estado cumpla con ese mandato de derechos sin recursos suficientes, ejemplos de ellos hay varios, como el derecho a la vivienda.

Hemos acudido, entonces, a mirar una cara del “prisma”, con una particular visión que es la Economía de la Constitución. Sin pretender plantear absolutos e inmejorables observaciones, totalmente lo contrario, aspiro poder sembrar el estímulo suficiente para el análisis en el espacio del aula, luego de repasar estas líneas.



# La enseñanza del Derecho. Ese apasionante desafío

## Pensando la enseñanza del Derecho en la actualidad



*Entrevista realizada por Martín Cormick  
a Carlos Cárcova\* y Martín Hevia\*\**

Los conceptos de derecho o de justicia, no son, claro está, sencillos de abordar. En este sentido, la enseñanza del Derecho en nuestras universidades y, por ende, qué abogados queremos formar, tampoco son tareas sencillas de desarrollar. Requieren desafíos, repensar el rol de los docentes y de los programas, en un mundo cambiante y complejo. Lo que buscamos al realizar estas entrevistas es encontrar –o al menos intentarlo– respuestas adecuadas a cuestiones como: de qué forma enseñamos derecho, con qué docentes, qué tipo de alumnos tenemos, entre otras.

Nos reunimos con dos actores fundamentales de la enseñanza del Derecho hoy en Argentina. Por un lado, Martín Hevia, Decano Ejecutivo de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, y, por el otro, Carlos Cárcova, coordinador de la Carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Avellaneda, quien, entre otras cosas, desde el año 2002 dirige el Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Hevia es claro respecto del desafío que tiene como Decano: “La enseñanza en Argentina tiene dos problemas importantes. No hay obligación de ejercer el derecho antes o después de terminar la carrera. Se da un título para ejercer el rol de abogado en la sociedad, es una responsabilidad enorme para

\* Coordinador de la Carrera de Abogacía (Universidad Nacional de Avellaneda).

\*\* Decano Ejecutivo de la Escuela de Derecho (Universidad Torcuato Di Tella).

las universidades, teniendo en cuenta que el derecho es un fenómeno social complejo. En Argentina, tradicionalmente hemos desatendido la práctica profesional”. Por otro lado –continúa– “El derecho requiere un estudio interdisciplinario. Para ser abogado hay que saber historia, economía, sociología, etc.”. En un ejemplo resume esta idea: “Entender el problema de los *holdouts* –se tome la posición que se tome– no es solo saber Derecho, sino saber que el problema de la deuda en Argentina existe desde Rivadavia para acá, con cuestiones económicas a resolver, por ejemplo”.

En resumen, “hay que pensar en un Derecho con conocimiento teórico pero más aún con conocimiento práctico e interdisciplinario. No sirve de nada formar alumnos solo con el conocimiento de las normas porque estas cambian todo el tiempo. No sirve más la educación tradicional memorística”.

Cárcova prefiere arrancar un escalón antes, aclarando algunas cuestiones previas a la pregunta, situando en tiempo y espacio la Universidad Nacional de Avellaneda (UNDAV). Destaca que su rol en la UNDAV se efectúa gracias a “un Estado que asumió el compromiso de llevar las universidades a los sectores marginales. Con la idea de que cualquiera pueda aprender a trabajar. Esto, que la universidad pone a tu disposición este conocimiento, empezando en una primera etapa con carreras intermedias –Enfermería, por ejemplo– con salida laboral, pero, por la demanda de quienes asistían a esas universidades del Conurbano, los que fueron enfermeros, después quisieron ser médicos, fenómeno doblemente atractivo, por cierto, ya que es el propio alumno el que se da cuenta que no está tan lejos el camino hacia profesiones más complejas”.

Estos proyectos–el de Avellaneda, con obvias similitudes respecto de la UNPAZ–, continúa Cárcova, “son proyectos diferentes al de una universidad tradicional, ya que el Estado asume esta obligación, no a costo bajo ni buscando soluciones rápidas. De hecho, la Universidad de Avellaneda no está sobre la Avenida Mitre<sup>1</sup> sino en lo profundo del Partido, generando otro tipo de universidad, en un barrio con poco movimiento económico, fábricas cerradas, y si existe movimiento ahora es en los alrededores de la Universidad. Claro que este camino recién comienza, faltando aún aulas, gabinetes, computadoras, etc., para impartir enseñanza universitaria de calidad. La Universidad cuenta hoy con 900 estudiantes regulares –recién se inaugura el tercer año de la carrera, con 300 ingresantes en los primeros cuatrimestres, y otros 170 en los segundos–. Proyectando, podría ser una comunidad educativa de 2.000 a 2.500 alumnos cuando los cinco años estén en desarrollo”.

Este escenario en números y, por sobre todo, económico y social, dista mucho del de la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Si bien en crecimiento, sus 70 ingresantes por año conforman una comunidad de 500 alumnos de Derecho, contando cursos de posgrado. El objetivo, nos cuenta Hevia, es mantener la calidad de enseñanza que permite el valor agregado por el cual es elegida dicha escuela y no las universidades públicas. Ese valor agregado Hevia lo ve en “la relación estudiante-profesor. El intercambio genera valor agregado y enriquece ambas partes. Hoy, las leyes, los códigos, los fallos, están en internet –y está muy bueno que así sea–, por lo que el aula tiene que ser una fiesta. [sic] La ventaja es tener docentes que en otro lado van poco o no dan clases –aunque figuren en la nómina– y acá

---

<sup>1</sup> Su arteria principal, la que la vincula con el centro de la Ciudad de Buenos Aires.

vienen siempre, y eso enriquece el curso. Claramente, tenemos que tener un valor agregado para que la gente nos elija en vez de a la UBA –a solo 7km–; entendemos que pertenecer a esta comunidad académica termina siendo ventajoso. Por ejemplo, en el acceso a la comunidad académica internacional”.

Al preguntarle sobre cuánto de esto podría aplicarse a las universidades públicas, Hevia sostuvo que “podría pensarse en replicarlo en la educación pública, con sus matices, sobre todo en las universidades jóvenes, ya que estas tienen más posibilidades de establecer sus reglas”.

## **No hay Derecho sin ideología**

El peso de la ideología se cuela en ambas charlas, y no hay contrapuntos acá. Cárcova, enfáticamente, manifiesta que “La cuestión de la ideología ha sido y es batalla permanente en esta actividad. Los que enseñan el Derecho como si fuera una mera técnica –postura repetida por los conservadores hasta el cansancio– solo son formalistas en los hechos, y cuando les conviene. Sino, también se ponen a citar valores. Hacer esa afirmación es epistémica, sociológica y políticamente inmoral. El campo del Derecho es el campo de la legitimación del poder. Desde la mitad de la Edad Media, la relación entre poder y derecho es íntima. Alguien es órgano, alguien es Autoridad, porque la norma del sistema vigente así lo dice. Así el presidente como el rey”. Cárcova cierra la idea de imposibilidad de la neutralidad afirmando que “en cada pequeño entresijo de la vida del Derecho no hay un modo de pensar, una valoración, una percepción de la realidad, una concepción del mundo que no esté influenciada por la constitución del sujeto como sujeto ideológico. En todo existe un sistema de valores. No es lo mismo lo que ve una persona nacida en Afganistán con su sistema de valores y lo que ve alguien que nació en Santiago del Estero”, ejemplifica.

Hevia confirma la idea. “La ideología debe influir mucho y lo que hay que garantizar es el pluralismo, ya que no hay excelencia académica sin pluralismo”. Esto, ya que “Si vos solo tenés acceso a un sector de la ideología, cuando salgas de ese espacio –la Universidad, o el que sea– te vas a encontrar con la otra visión. Hace a un mejor abogado conocer más puntos de vista”, concluye. Por eso, a la hora de armar los cuerpos docentes, “buscamos tener gente tanto de izquierda como de derecha, liberales o conservadores, etc. Los estudiantes después forman su visión del mundo, siempre con la base de la democracia, la división de poderes y el compromiso con los Derechos Humanos”.

## **¿Y qué docentes necesitamos, entonces, para enseñar Derecho hoy?**

Hevia entiende que lo mejor es un combo, una mezcla. “Venimos de docentes tradicionales que dictan cátedra usando latinismos para que los alumnos tomen nota y memoricen en los exámenes. Y lo que hoy, desde la Di Tella, entendemos que se necesita son, por un lado, investigadores tiempo completo que formen parte de la comunidad internacional y publiquen en medios internacionales, que aporten con sus conocimientos de otras ramas como historia, economía”. Y esto, ¿por qué, entre otras cosas? “Porque un profesor investigador no paga costos cuando critica una decisión de la Corte, cosa que

un abogado que litiga no podría, o pagaría un costo alto por eso. El investigador—claro está— tiene otra independencia”. Pero no basta solo con estos docentes. Hevia prosigue: “También necesitás docentes con alto conocimiento de la práctica que puedan transmitir. Como operadores prácticos del Derecho”. Añade luego, a modo de conclusión, que “Lo ideal es una combinación de ambos. Algunos creen que lo mejor es una carrera tipo carpintería—un oficio de gente que enseña técnicas prácticas—, y otros creen que es una carrera más parecida a historia, con técnicas de laboratorio. La combinación de ambas es lo mejor. Creemos que estudiantes mejor entrenados llevan a los docentes a situaciones más difíciles, obligándolos a pensar más, lo que enriquece a ambos”.

Cárcova, por su parte, añade que “El mundo, hoy, en esta etapa de globalización es complejo y diverso, cualquier docente debe enseñarle al alumno que el Derecho es un instrumento diverso y complejo, con núcleos de pura racionalidad lógica, y otros que son filosóficos valorativos. Claro que siempre hay marcos de racionalidad para resolver los problemas, pero, más claro aún, no existe la solución del conflicto en un marco exclusivamente racional, con un mero acto de inferencia lógica. Eso es ser un ignorante. No entender que el lenguaje tiene historicidad”.

Entonces, a la hora de convocar a docentes en este mundo complejo, Cárcova primero pensó en qué tipo de programa quería desarrollar para la UNDAV. “Mi primer acercamiento con el armado de carreras fue en 1973, en el decanato de Kestelboim —en la UBA—. El primer plan que entendí como satisfactorio fue el de la etapa de Solano Lima. La estructura del plan de Solano Lima era satisfactoria, con tres primeros años de teorías generales y, en cuarto, el alumno estaba entre una orientación más pública o privada; en quinto se abrían tres suborientaciones de derecho público y otras tres de derecho privado, en donde el alumno podía hacer más de una orientación. Luego, en el plan de 1983 llevamos un proyecto más técnico, pero con las ventajas funcionales del proyecto anterior. Triunfó en su momento el plan de Bulygin, Nino y Cueto Rua, que es el plan del ’85, muy similar al que se sigue dando. Lo curioso es que el plan era tomado de un plan de Helsinski, que decía que solo era aplicable con profesores de tiempo completo y alumnos becados que también pueden dedicar tiempo completo. Por ende, el plan en Argentina se tornaba inviable. Este plan es demasiado abierto —pasando de uno muy cerrado a uno demasiado abierto— en donde se supone que el alumno cursa materias del CPO (Ciclo Profesional Orientado, la parte final de la carrera) por cuestiones de interés, afinidad, trabajo; pero en realidad hace lo que puede”.

“Teniendo en cuenta las experiencias previas, cuando me ofrecieron la coordinación de la carrera de Derecho en Avellaneda, recordé las propuestas previas y busqué aplicarlas. Pero parte del programa ya estaba armado, por lo que la solución fue utilizar las 258 horas libres, modificando —y agregando— la cantidad de materias de Derecho Público en relación con las de Derecho Privado. Pensemos —reflexiona Cárcova—, que desde la creación de la UBA, hace 200 años, siempre tuvo más presencia el Derecho Privado, una tendencia que nunca se había modificado. Se estudió el Derecho Privado con profundidad y muy por encima el Derecho Público”. Ahora bien, “¿esos programas fueron acompañando las necesidades de formación profesional del Estado?”, se pregunta. “No sabemos derecho a la salud, ni derecho al medio ambiente. No formamos profesionales que aporten al Estado conocimientos que

este demanda. Entonces, el abogado del hospital es el pibe que se recibe mientras trabajaba de administrativo” –ejemplifica–. “Ese es el abogado que se enfrenta con el experto el sector privado”.

Entonces, ¿qué egresados busca la UNDAV? Cárcova fija como objetivo “poner dentro de la currícula con estas horas optativas un contenido con una fuerte presencia de Derecho Público que no suele tener en otras universidades, lo que no quita enseñar las materias de Derecho Privado. La finalidad última es incorporarlos al Estado con sus conocimientos, cumpliendo roles que hoy cumple gente que no tiene la formación adecuada, produciendo una generación de especialistas en Derecho Público para aportar al Estado y que, por supuesto, gratifique a esos profesionales de forma profesional y por qué no económica”.

En definitiva, si bien “El primer objetivo es el de integración social, permitiéndole a nuestros alumnos que entren por la puerta de adelante al sistema laboral. Como fue expuesto. Y, como segundo objetivo, poner en la calle profesionales con nuevos saberes profesionales que intervengan con nivel en las nuevas políticas públicas”.

Hevia, por su parte, sostiene que la UTDT busca “los mejores abogados y abogadas del país, que contribuyan al debate público en el país, en el área de incumbencia profesional que elijan (docencia, sector público, privado). Buscamos que contribuya a la sociedad. Nos gratifica tener un alto porcentaje en el sector público. Valoramos, en definitiva, formar abogados que se comprometan con el sector en donde se desarrollen profesionalmente”.

## **A modo de cierre: respondemos desde la UNPAZ**

¿Tenemos en los autores pensamientos tan distintos? ¿O hay ideas núcleo que debemos tener en cuenta a la hora de desarrollar nuestra enseñanza docente? El rol docente y la fuerte relación con los alumnos, su compromiso ideológico con el mundo que le toca describir y un perfil relacionado con entender al Estado y, en caso de formar parte de él, influir positiva y profesionalmente con idoneidad. Y, en caso de elegir el sector privado, operar con el compromiso que cada actividad lo merezca, son valores que, pareciera, compartimos y debemos pensar en cómo aplicar en nuestra casa.